

# **BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2020 450 vom 14. Januar 2021**

BE Verwaltungsgericht, 2021-01-14, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be\\_verwaltungsgericht\\_200\\_2020\\_450](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/be_verwaltungsgericht_200_2020_450)

FR: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2020 450 du 14 janvier 2021

IT: BE\_VERWALTUNGSGERICHT 200 2020 450 del 14 gennaio 2021

## **Regeste**

Einspracheentscheid vom 13. Mai 2020

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Der angefochtene Entscheid ist in Anwendung von Sozialversicherungsrecht ergangen (vgl. Art. 1 der Verordnung vom 20. März 2020 über

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 4 Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19]; COVID-19-Verordnung Erwerbsausfall [SR 830.31] – nachfolgend zitiert als COVID-19-V Erwerbsausfall; UELI KIESER, COVID-19- Erlasse und das Sozialversicherungsrecht, in: Aktuelle Juristische Praxis [nachfolgend AJP] 2020 S. 557). Die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Verwaltungsgerichts beurteilt gemäss Art. 57 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) i.V.m. Art. 54 Abs. 1 lit. a des kantonalen Gesetzes vom 11. Juni 2009 über die Organisation der Gerichtsbehörden und der Staatsanwaltschaft (GSOG; BSG 161.1) Beschwerden gegen solche Entscheide. Die Beschwerdeführerin ist im vorinstanzlichen Verfahren mit ihren Anträgen nicht durchgedrungen, durch den angefochtenen Entscheid berührt und hat ein schutzwürdiges Interesse an dessen Aufhebung, weshalb sie zur Beschwerde befugt ist (Art. 59 ATSG). Die örtliche Zuständigkeit ist gegeben (Art. 58 ATSG). Da auch die Bestimmungen über Frist (Art. 60 ATSG) sowie Form (Art. 61 lit. b ATSG; Art. 81 Abs. 1 i.V.m. Art. 32 des kantonalen Gesetzes vom 23. Mai 1989 über die Verwaltungsrechtspflege [VRPG; BSG 155.21]) eingehalten sind, ist auf die Beschwerde einzutreten.

### **E. 1.2**

Anfechtungsobjekt bildet der Einspracheentscheid vom 13. Mai 2020 (act. II 5). Streitig und zu prüfen ist der Anspruch der Beschwerdeführerin auf Leistungen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit den Massnahmen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie (sog. "Corona-Erwerbsersatz").

### **E. 1.3**

Die Abteilungen urteilen gewöhnlich in einer Kammer bestehend aus drei Richterinnen oder Richtern (Art. 56 Abs. 1 GSOG). In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, ob die Beschwerdeführerin mit ihrem Gesuch vom 16. April 2020 (act. II 2; vgl. Angaben in der Rubrik "Grund des Erwerbsunterbruchs") allenfalls Erwerbsersatz nur für die Zeit vom 17. März bis 30. April 2020 beantragen wollte, womit der Streitwert weniger als Fr.

20'000.-- betragen würde und die einzelrichterliche Zuständigkeit gegeben wäre (Art. 57 Abs. 1 GSOG). Denn diesfalls wäre die Dreierbesetzung aufgrund der rechtlichen Verhältnisse des vorliegenden Falles gerechtfertigt (Art. 57 Abs. 6 GSOG).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 5

#### **E. 1.4**

Das Gericht überprüft den angefochtenen Entscheid frei und ist an die Begehren der Parteien nicht gebunden (Art. 61 lit. c und d ATSG; Art. 80 lit. c Ziff. 1 und Art. 84 Abs. 3 VRPG).

#### **E. 2**

Der Sachverhalt ist rechtsgenügend abgeklärt und es kann auf weitere Beweismassnahmen in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden (BGE 144 V 361 E. 6.5 S. 368, 124 V 90 E. 4b S. 94, 122 V 157 E. 1d S. 162; SVR 2019 IV Nr. 50 S. 163 E. 4). Namentlich erübrigt sich das von der Beschwerdeführerin beantragte Einholen eines Amtsberichts beim BSV, da die Rechtsanwendung und -auslegung nach dem Grundsatz *iura novit curia* ohnehin dem Gericht obliegt und hierfür weder eine vorgängige Stellungnahme der Verwaltung noch zusätzliche Unterlagen bzw. Materialien notwendig sind. Aus diesem Grund wurde im Instruktionsverfahren – nach einlässlicher Prüfung der Sach- und Rechtslage – denn auch darauf verzichtet, am Einholen eines solchen Amtsberichts festzuhalten (vgl. prozessleitende Verfügungen vom 8. September und 17. November 2020).

#### **E. 3**

lit. a COVID-19-V Erwerbsausfall); für Anspruchsberechtigte nach Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall endete der Anspruch ebenfalls am 16. Mai 2020 (Art. 3 Abs. 3 lit. b COVID-19-V Erwerbsausfall), sofern ihnen gemäss dem vom Bundesrat beschlossenen Plan zur Lockerung der Massnahmen zum Schutz der Bevölkerung die Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit bewilligt worden war (AS 2020 1335).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 12

##### **E. 3.1.1**

Mit Verordnung vom 28. Februar 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) traf der Bundesrat im Rahmen der sog. besonderen Lage gemäss Art. 6 Abs. 2 lit. b des Bundesgesetzes vom 28. September 2012 über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz [EpG; SR 818.101]) "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung zur Verminderung des Übertragungsrisikos des Coronavirus" (Art. 1; AS 2020 573). Am 13. März 2020 hob er diese Verordnung auf und erliess die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19 [COVID-19-Verordnung 2 – nachfolgend zitiert als COVID-19-V 2; AS 2020 773]), mit welcher der Bundesrat "Massnahmen gegenüber der Bevölkerung, Organisationen und Institutionen so-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 6 wie den Kantonen zur Verminderung des Übertragungsrisikos und zur Bekämpfung des Coronavirus (Covid-19)" anordnete (Art. 1). Diese Verordnung wurde in der Folge wiederholt und in hohem Rhythmus angepasst (vgl. AS 2020 783, 841, 863, 867, 1059, 1065, 1101, 1131, 1137, 1155, 1199, 1245, 1249, 1333, 1401, 1501, 1505, 1585, 1751,

1815, 1823, 1835, 2097, 2099).

### **E. 3.1.2**

vorne). Musste eine selbstständigerwerbende Person ihre Erwerbs- tätigkeit aufgrund dieser Anordnungen einstellen, erfüllte sie demnach – im Sinne einer infolge der behördlichen Massnahmen direkten (oder unmittel-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 19 baren) Betroffenheit sowie bei gegebener AHV-rechtlichen Unterstellung – grundsätzlich die Anspruchsvoraussetzungen von Art. 2 Abs. 3 COVID-19- V Erwerbsausfall. Demgegenüber bezieht sich Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall ausdrücklich auf jene Selbstständigerwerbenden, welche "nicht unter Absatz 3 fallen". Dieser Passus kann – mit Blick auf die nach- folgenden Halbsätze "sind anspruchsberechtigt, wenn sie aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Er- werbsausfall erleiden" sowie im Lichte der Erläuterungen zu den Verord- nungsänderungen vom 16. April 2020, wonach anspruchsberechtigt Selbstständigerwerbende sind, "für die die Massnahmen nach Artikel 6 Absatz 1 und 2 COVID-19-Verordnung nicht gelten, die aber dennoch auf- grund der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Erwerbsausfall haben" – vernünftigerweise nur so verstanden wer- den, dass damit Selbstständigerwerbende erfasst werden, deren Tätigkeit zwar nicht vom Verbot nach Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-V 2 betroffen ist, die wegen der Pandemiemassnahmen aber dennoch einen Erwerbsausfall erleiden. Notwendige Anspruchsvoraussetzung bildet mithin – im Unter- schied zu Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall – eine indirekte (oder mittelbare) Betroffenheit. Damit ist die Ausgestaltung der Anspruchsbere- tigung nach Massgabe von Art. 2 Abs. 3 und Abs. 3bis COVID-19-V Er- werbsausfall im hier interessierenden Kontext dualer Natur: Entweder setzt sie eine Betriebsschliessung (im Sinne einer direkten Betroffenheit) voraus (Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-V 2) – dann greift grundsätzlich Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall – oder die Selbstständigerwerbenden unterliegen keiner Betriebsschliessung und sind folglich indirekt von den bundesrätlichen Massnahmen zur Pandemiebekämpfung betroffen; dieser Sachverhalt fällt prinzipiell unter Abs. 3bis. Entgegen der Beschwerdeführerin ist dieses Regelwerk nicht lückenhaft, wie nachfolgend aufzuzeigen ist.

### **E. 3.1.3**

Im Zuge der Lockerungen im Bereich der Gesundheitsversorgung (sog. Transitionsschritt 1) wurde Art. 10a COVID-19-V 2 – nunmehr unter dem Titel "Spitäler und Kliniken" – mit Inkraftsetzung per 27. April 2020 am 22. April 2020 wie folgt geändert (AS 2020 1333): Abs. 2: Die Kantone stellen sicher, dass in Spitälern und Kliniken im stationären Be- reich für COVID-19-Patientinnen und -Patienten sowie für weitere medizinisch drin- gend angezeigte Untersuchungen und Behandlungen ausreichende Kapazitäten (namentlich Betten und Fachpersonal) zur Verfügung stehen, insbesondere in den Abteilungen der Intensivpflege und der Allgemeinen Inneren Medizin. Abs. 3: Sie können zu diesem Zweck die Spitäler und Kliniken verpflichten: a. ihre Kapazitäten im stationären Bereich zur Verfügung zu stellen oder auf Abruf bereitzuhalten; und b. medizinisch nicht dringend angezeigte Untersuchungen und Behandlungen zu beschränken oder einzustellen. Abs. 4: Die Spitäler und Kliniken müssen dafür sorgen, dass im ambulanten und im stationären Bereich die Versorgung mit Arzneimitteln für COVID-19-Patientinnen und -Patienten sowie für weitere medizinisch dringend angezeigte Untersuchungen und Behandlungen

gewährleistet ist. Damit konnten ambulante medizinische Praxen ab dem 27. April 2020 – bei Vorliegen eines geeigneten Schutzkonzepts (vgl. Art. 6a Abs. 1 COVID-19- V 2 in der Fassung vom 16. April 2020 [AS 2020 1250]) – ihren normalen Betrieb wieder aufnehmen und sämtliche, auch nicht dringend angezeigte Untersuchungen, Behandlungen und Eingriffe vornehmen (vgl. Erläuterungen [des Bundesamtes für Gesundheit {BAG}] vom 12. Juni 2020 zur Ver-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 8  
ordnung 2 vom 13. März 2020 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus [COVID-19-Verordnung 2], S. 11; Newsletter Kantonsarztamt COVID-19 11/2020 der Gesundheits-, Sozial und Integrationsdirektion des Kantons Bern [www.gef.be.ch]; Medienmitteilung des BAG vom 16. April 2020 [www.bag.admin.ch]).

#### **E. 3.1.4**

Am 27. Mai 2020 fällte der Bundesrat den Entscheid zur Rückkehr von der ausserordentlichen Lage nach Art. 7 EpG zur besonderen Lage nach Art. 6 EpG. Gleichzeitig hob er die COVID-19-V 2 per 22. Juni 2020 auf (AS 2020 2205). Die weiterhin notwendigen Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie überführte er in vereinfachter und reduzierter Weise in die Verordnung vom 19. Juni 2020 über Massnahmen in der besonderen Lage zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Verordnung besondere Lage; SR 818.101.26; vgl. Botschaft des Bundesrates vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie [Covid-19-Gesetz; BBl 2020 6569]).

#### **E. 3.2**

vorne), welche auch Erwerbsersatz für von den Pandemiemassnahmen des Bundesrates betroffene Selbstständigerwerbende vorsieht (Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall). Mit der Ordnungsänderung vom 16. April 2020 (vgl. E. 3.3.2 vorne) wurde der Kreis der anspruchsberechtigten Selbstständigerwerbenden im Vergleich zur ersten Fassung vom Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 18 20. März 2020 ausgeweitet (Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall). Im Einzelnen regeln Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall was folgt: Abs. 3: Anspruchsberechtigt sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-V 2 einen Erwerbsausfall erleiden. Die Voraussetzung von Abs. 1bis lit. c gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden. Abs. 3bis: Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die nicht unter Abs. 3 fallen, sind anspruchsberechtigt, wenn sie aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Erwerbsausfall erleiden und ihr für die Bemessung der Beiträge der AHV massgebendes Einkommen für das Jahr 2019 zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- liegt. Die Voraussetzung von Abs. 1bis lit. c gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden. Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-V 2, auf welche Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall Bezug nimmt, lauten wie folgt: Abs. 1: Es ist verboten, öffentliche oder private Veranstaltungen, einschliesslich Sportveranstaltungen und Vereinsaktivitäten durchzuführen. Abs. 2: Öffentlich zugängliche Einrichtungen sind für das Publikum geschlossen, namentlich: a. Einkaufsläden und Märkte; b. Restaurationsbetriebe; c. Barbetriebe sowie Diskotheken, Nachtclubs und Erotikbetriebe; d. Unterhaltungs- und Freizeitbetriebe, namentlich Museen, Bibliotheken, Kinos, Konzerthäuser, Theater, Casinos, Sportzentren, Fitnesszentren, Schwimmbäder,

Wellnesszentren, Skigebiete, botanische und zoologische Gärten und Tierparks; e. Betriebe mit personenbezogenen Dienstleistungen mit Körperkontakt wie Coiffeure, Massagen, Tattoo-Studios und Kosmetik.

### **E. 3.3.1**

Die einzelnen Leistungsansprüche wurden in qualitativer und quantitativer Hinsicht in den Art. 2 – 5 der COVID-19-V Erwerbsausfall ausführlich geregelt. Unter dem Titel "Anspruchsberechtigte" bestimmte Art. 2 COVID-19-V Erwerbsausfall in der Fassung vom 20. März 2020 (mit rückwirkender Inkraftsetzung auf den 17. März 2020) was folgt (AS 2020 871 f.): Abs.1: Anspruchsberechtigt sind Eltern mit Kindern bis zum vollendeten 12. Altersjahr und weitere Personen, sofern sie folgende Voraussetzungen erfüllen: a. Sie müssen aufgrund von behördlichen Massnahmen gemäss den Art. 35 und 40 EpG im Zusammenhang mit der Coronaepidemie (Covid-19) die Erwerbstätigkeit unterbrechen: 1. infolge Ausfalls der Fremdbetreuung ihrer Kinder; oder 2. infolge Quarantäne. b. Im Zeitpunkt der Unterbrechung der Erwerbstätigkeit sind sie: 1. Arbeitnehmende im Sinne von Art. 10 ATSG oder 2. Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG. c. Sie sind im Sinne des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung obligatorisch versichert. Abs. 2: Für Eltern, die ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen müssen, um sich um ihr Kind zu kümmern, besteht während der Schulferien kein Anspruch. Abs. 3: Anspruchsberechtigt sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-V 2 vom 13. März 2020 einen Erwerbsausfall erleiden. Abs. 4: Die Entschädigung ist subsidiär zu sämtlichen Leistungen von Sozialversicherungen und Versicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908 sowie zu Lohnfortzahlungen von Arbeitgebern. Abs. 5: Bei der Fremdbetreuung kann es sich um Kindergärten, Kindertagesstätten, Schulen sowie betreuende Einzelpersonen handeln, wenn diese von der Coronaepidemie im Sinne der COVID-19-V 2 besonders gefährdet sind. Abs. 6: Es können beide Elternteile aufgrund des Ausfalls der Fremdbetreuung anspruchsberechtigt sein. Pro Erwerbstag kann jedoch nur ein Taggeld beansprucht werden. Abs. 7: Pflegeeltern haben Anspruch auf die Entschädigung, wenn sie das Pflegekind unentgeltlich zu dauernder Pflege und Erziehung aufgenommen haben. Abs. 8: Hat die anspruchsberechtigte Person aufgrund verschiedener Massnahmen des EpG Anspruch auf die Entschädigung, so wird nur ein Taggeld ausgerichtet.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 10 Ferner lautete Art. 5 COVID-19-V Erwerbsausfall (in der Fassung vom 20. März 2020) unter dem Titel "Höhe und Bemessung der Entschädigung" wie folgt (AS 2020 873): Abs. 1: Das Taggeld beträgt 80 Prozent des durchschnittlichen Erwerbseinkommens, das vor Beginn des Anspruchs auf die Entschädigung erzielt wurde. Abs. 2: Für die Ermittlung des Einkommens ist Art. 11 Abs. 1 des Erwerbsersatzgesetzes vom 25. September 1952 sinngemäss anwendbar. Abs. 3: Die Entschädigung beträgt höchstens Fr. 196.-- pro Tag. Abs. 4: Sie wird gekürzt, soweit sie den Höchstbetrag nach Abs. 3 übersteigt. In Bezug auf die hier interessierenden Selbstständigerwerbenden ist demnach zunächst die (subsidiäre) allgemeine Anspruchsordnung nach Art. 2 Abs. 1 der COVID-19-V Erwerbsausfall massgebend. Analog zu den Unselbstständigerwerbenden bestand demnach Anspruch auf Erwerbsersatz, wenn die Erwerbstätigkeit infolge Ausfalls der Fremdbetreuung der Kinder oder aufgrund einer Quarantänemassnahme unterbrochen werden musste. Sodann waren Selbstständigerwerbende anspruchsberechtigt, wenn sie aufgrund einer Massnahme nach

Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 der COVID-19-V 2 – mithin infolge einer Betriebsschliessung – einen Erwerbsausfall erlitten (vgl. E. 3.1.2 vorne; Merkblatt 6.03 Leistungen der EO/MSE, Corona Erwerbsersatzentschädigung, S. 8). Dieser (ebenfalls subsidiäre) Anspruch ist im Unterschied zum erstgenannten Anspruch der Selbstständigerwerbenden gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. b Ziff. 2 der COVID-19-V Erwerbsausfall nicht (auf 10 resp. 30 Taggelder) begrenzt, sondern dauert so lange wie die behördlich angeordnete Massnahme (Art. 3 Abs. 2 – 5 COVID-19-V Erwerbsausfall [in der Fassung vom 20. März 2020; AS 2020 872]; vgl. Erläuterungen des BSV vom 20. März 2020 "Verordnung über Massnahmen bei Erwerbsausfall im Zusammenhang mit dem Coronavirus [COVID-19]", S. 3 zu Abs. 3 [www.bsv.admin.ch; Rubrik: Sozialversicherungen / EO / Mutterschaft / Grundlagen & Gesetze / Corona: Entschädigung für Erwerbsausfall / Dokumente]).

### **E. 3.3.2**

Anlässlich seiner Sitzung vom 16. April 2020 weitete der Bundesrat den Anspruch auf "Corona-Erwerbsersatz" auf (als solche bezeichnete) Härtefälle im Sinne von indirekt von den behördlichen Pandemiemassnahmen Betroffene aus. Art. 2 COVID-19-V Erwerbsausfall wurde im hier inter-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 11 essierenden Zusammenhang (mit rückwirkender Inkraftsetzung per 17. März 2020) wie folgt geändert bzw. (u.a. durch Einfügung von Abs. 3bis) ergänzt (AS 2020 1258): Abs. 3: Anspruchsberechtigt sind Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die aufgrund einer Massnahme nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der COVID-19-V 2 einen Erwerbsausfall erleiden. Die Voraussetzung von Abs. 1bis lit. c gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden. Abs. 3bis: Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG, die nicht unter Abs. 3 fallen, sind anspruchsberechtigt, wenn sie aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Erwerbsausfall erleiden und ihr für die Bemessung der Beiträge der AHV massgebendes Einkommen für das Jahr 2019 zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- liegt. Die Voraussetzung von Abs. 1bis lit. c gilt auch für diese Selbstständigerwerbenden. Mit dem eingefügten Verweis auf Abs. 1bis lit. c wurde die (auch zuvor vorausgesetzte) Versicherungsunterstellung nach Massgabe des Bundesgesetzes vom 20. Dezember 1946 über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) übernommen. In den besagten Erläuterungen zu den Ordnungsänderungen (S. 5 f.) wurde ferner festgehalten, mit Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall sollten Härtefälle entschädigt werden, die sich durch den weitgehenden Stillstand der Wirtschaft mit Erwerbseinbussen konfrontiert sähen, obwohl ihre Erwerbstätigkeit nicht verboten sei. Anspruchsberechtigt seien Selbstständigerwerbende, für die die Massnahmen nach Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-V 2 nicht gälten, die aber dennoch aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus einen Erwerbsausfall hätten. Mit der getroffenen Regelung werde sichergestellt, dass die Entschädigung nur Härtefällen zugutekomme. Der Anspruch auf Taggelder war für Anspruchsberechtigte nach Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall auf den 16. Mai 2020 befristet (Art. 3 Abs.

### **E. 3.3.3**

Im Zuge einer weiteren und wiederum rückwirkend per 17. März 2020 in Kraft gesetzten Änderung vom 1. Juli 2020 wurde Art. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall neu gefasst. Demnach endete der Anspruch auf Taggelder für Anspruchsberechtigte nach Art. 2 Abs. 3

und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall am 16. September 2020 (AS 2020 2729 f.). In den Erläuterungen zu den Ordnungsänderungen (vgl. Anhang zur Medienmitteilung vom 1. Juli 2020, abrufbar unter <[www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch)>, Rubrik: Publikationen & Service / Medienmitteilungen) wurde sinngemäss festgehalten, der Kreis der Berechtigten gemäss Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall bleibe unverändert; es gehe lediglich darum, die Dauer des Entschädigungsanspruchs mit Blick auf die weiterhin spürbaren Auswirkungen der durch die Pandemie bedingten Krise zu verlängern.

#### **E. 3.3.4**

Mit per 17. September 2020 in Kraft getretener Änderung der COVID-19-V Erwerbsausfall vom 11. September 2020 wurde Art. 2 Abs. 3bis aufgehoben (AS 2020 3706). Indirekt betroffene Selbstständigerwerbende hatten – entsprechend dem zeitlichen Geltungsbereich der Verordnung – ab dem 17. September 2020 somit keinen Anspruch mehr auf eine Entschädigung (vgl. Erläuterungen zu diesen Ordnungsbestimmungen im Anhang zur Medienmitteilung vom 11. September 2020, abrufbar unter <[www.bsv.admin.ch](http://www.bsv.admin.ch)>, Rubrik: Publikationen & Service / Medienmitteilungen).

Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG blieben anspruchsberechtigt, wenn sie zufolge basierend auf Art. 6 Abs. 2 lit. a oder b COVID-19-V Erwerbsausfall oder auf Art. 40 EpG angeordneten Betriebschliessungen oder Verbot von Veranstaltungen ihre Erwerbstätigkeit unterbrechen mussten (AS 2020 3706). Die Geltungsdauer wurde insoweit bis am 31. Dezember 2021 verlängert (Art. 11 Abs. 4 COVID-19-V Erwerbsausfall [AS 2020 3707]). In der Medienmitteilung des Bundesrats vom 11. September 2020 wurde hierzu festgehalten, das Parlament entscheide im Rahmen des Covid-19-Gesetzes über Unterstützung für Selbstständigerwerbende und Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung, deren Tätigkeit erheblich eingeschränkt sei. Bis der Entscheid gefällt sei, werde dieser Punkt in der Verordnung noch nicht geregelt.

#### **E. 3.4**

Am 26. September 2020 trat das (für dringlich erklärte, vgl. Art. 165 Abs. 1 der Bundesverfassung [BV; SR 101]) Bundesgesetz vom

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 13 25. September 2020 über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102) in Kraft. Dieses Gesetz regelt die gezielte Fortführung von Massnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Bekämpfung der Pandemie. Nach dem bereits rückwirkend auf den 17. September 2020 in Kraft gesetzten (vgl. Art. 21 Abs. 3) Art. 15 Covid-19-Gesetz wurde unter dem Titel "Massnahmen zur Entschädigung des Erwerbsausfalls" – soweit vorliegend von Interesse – Folgendes bestimmt (AS 2020 3842): Abs. 1: Der Bundesrat kann die Ausrichtung von Entschädigungen des Erwerbsausfalls bei Personen vorsehen, die ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von Massnahmen im Zusammenhang mit der Bewältigung der Covid-19-Epidemie unterbrechen oder massgeblich einschränken müssen. Nur Personen mit einem Erwerbs- oder Lohnausfall, die in ihrer Unternehmung eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz in den Jahren 2015–2019 haben, gelten in ihrer Erwerbstätigkeit als massgeblich eingeschränkt. Abs. 2: Zu den Anspruchsberechtigten gehören insbesondere auch Selbstständige nach Art. 12 ATSG sowie Personen in arbeitgeberähnlicher Stellung. Am 4. November 2020 wurde – mit rückwirkender

Inkraftsetzung per 17. September 2020 – die Covid-19-V Erwerbsausfall (vormals COVID-19- V Erwerbsausfall [vgl. AS 2020 3973]) geändert. Die Art. 2 Abs. 3, 3bis, 3ter und 4 bestimmen was folgt (AS 2020 4571 f.): Abs. 3: Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c des Arbeitslosenversicherungsgesetzes vom 25. Juni 1982 (AVIG; SR 837.0) sind unter der Voraussetzung von Absatz 1bis lit. c anspruchsberechtigt, wenn sie: a. ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie unterbrechen müssen; und b. einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden. Abs. 3bis: Selbstständigerwerbende im Sinne von Art. 12 ATSG und Personen nach Art. 31 Abs. 3 lit. b und c AVIG, die nicht unter Abs. 3 fallen, sind unter der Voraussetzung von Abs. 1bis lit. c anspruchsberechtigt, wenn: a. ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von behördlich angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Epidemie massgeblich eingeschränkt ist; b. sie einen Erwerbs- oder Lohnausfall erleiden; und c. sie im Jahr 2019 für diese Tätigkeit ein AHV-pflichtiges Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 10'000.-- erzielt haben; diese Voraussetzung gilt sinngemäss, wenn die Tätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen wurde; wurde die Tätigkeit nicht während eines vollen Jahres ausgeübt, so gilt diese Voraussetzung proportional zu deren Dauer. Abs. 3ter: Die Erwerbstätigkeit gilt als massgeblich eingeschränkt, wenn pro Monat eine Umsatzeinbusse von mindestens 55 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen monatlichen Umsatz der Jahre 2015–2019 vorliegt. Wurde die Tätigkeit nach 2015 und vor 2020 aufgenommen, so ist der Durchschnitt der entsprechenden Erwerbsdauer massgebend. Personen, die ihre Erwerbstätigkeit nach dem Jahr 2019 aufgenommen haben, müssen nachweisen, dass pro Monat eine Umsatzeinbusse

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 14 von mindestens 55 Prozent im Vergleich zum durchschnittlichen Umsatz von mindestens drei Monaten vorliegt; massgebend ist der Durchschnitt der drei Monate mit den höchsten Umsätzen. Abs. 4: Die Entschädigung ist subsidiär zu sämtlichen Leistungen von Sozialversicherungen und Versicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz vom 2. April 1908. Dies gilt nicht für Leistungen nach Art. 12 des Covid-19-Gesetzes vom 25. September 2020. Während Abs. 3 die Anspruchsberechtigung von gemäss AHVG obligatorisch versicherten Selbstständigerwerbenden im Sinne von Art. 12 ATSG oder Personen in arbeitgeberähnlicher Anstellung, welche ihre Erwerbstätigkeit aufgrund von kantonal oder auf Bundesebene angeordneten Betriebschliessungen oder Veranstaltungsverböten unterbrechen müssen, regelt, normiert Abs. 3bis die Anspruchsvoraussetzungen derselben Kategorien Erwerbstätiger bei indirekter Betroffenheit im Sinne einer massgeblichen Einschränkung durch die vorgenannten behördlichen Massnahmen. Als weitere Anspruchsvoraussetzung müssen die Anspruchsberechtigten nach Abs. 3bis zudem im Jahr 2019 ein Erwerbseinkommen von mindestens Fr. 10'000.-- erzielt haben. Der Anspruch auf Leistungen erlischt per 30. Juni 2021 (vgl. Art. 21 Abs. 5 Covid-19-Gesetz und Art. 6 Covid-19-V Erwerbsausfall).

#### **E. 4.1**

S. 6; Entscheid des BGer vom 26. August 2020, 8C\_72/2020 [zur Publikation vorgesehen], E. 5.1). Ist der Wortlaut klar, d.h. eindeutig und unmissverständlich, darf von ihm nur abgewichen werden, wenn ein triftiger Grund für die Annahme besteht, er ziele am "wahren Sinn", d.h. am Rechtssinn der Regelung vorbei (BGE 146 V 28 E. 4.2 S. 35).

#### **E. 4.2**

Nach Art. 6 Abs. 3 lit. m COVID-19-V 2 waren Arztpraxen von der in Art. 6 Abs. 2 COVID-19-V 2 für die Zeit ab 17. März 2020 angeordneten Schliessung öffentlicher Einrichtungen nicht betroffen (vgl. E. 3.1.2 vorne), womit die Beschwerdeführerin ihren Praxisbetrieb (mit Einschränkungen gemäss Art. 10a Abs. 2 COVID-19-V 2) weiterführen durfte. Damit fällt der vorliegende Sachverhalt nicht unter die Bestimmung von Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall, welche als Anspruchsvoraussetzung einen infolge einer Betriebsschliessung (Art. 6 Abs. 2 COVID-19-V 2) eingetretenen Erwerbsausfall voraussetzt.

#### **E. 4.3**

Die Beschwerdeführerin macht unter Bezugnahme auf Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall (vgl. E. 3.3.2 vorne) geltend, dass ihr Praxisbetrieb aufgrund der bundesrätlichen Massnahmen, wonach Arztpraxen ab dem 17. März 2020 auf nicht dringend angezeigte medizinische Eingriffe und Therapien zu verzichten hatten (vgl. E. 3.1.2 vorne), um 90% reduziert worden und ihr dadurch ein entsprechender Erwerbsausfall entstanden sei (Beschwerde, S. 5, Ziff. 12). Diese Angaben werden von der Beschwerdeführerin nicht bestritten und es dürfte denn auch davon auszugehen sein, dass der Beschwerdeführerin aufgrund der eingeschränkten Erwerbsmöglichkeit ein erheblicher Erwerbsausfall entstanden ist. Wie es sich mit dessen Höhe genau verhält, bedarf jedoch keiner zusätzlichen Abklärungen, da jedenfalls die weitere in der fraglichen Bestimmung erwähnte Voraussetzung der massgebenden Höhe des beitragspflichtigen Einkommens nicht erfüllt ist: Dieses belief sich gemäss den eigenen Angaben der Beschwerdeführerin im Jahr 2019 auf rund Fr. ...'000.-- (vgl. Beschwerde, S. 5, Ziff. 12) und übersteigt damit den in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall vorgegebenen Rahmen von Fr. 10'000.-- bis Fr. 90'000.--, womit auch gestützt auf Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall kein Anspruch besteht.

#### **E. 5.1**

Die Beschwerdeführerin bestreitet dies alles (zu Recht) nicht. Sie bringt jedoch (zunächst) vor, sie habe zwar aufgrund der vom Bundesrat verordneten Massnahmen einen erheblichen Erwerbsausfall erlitten, werde

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 16 hierfür aber nicht entschädigt. Dabei sei sie weder direkt von einem Verbot oder einer Betriebsschliessung gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-V 2 noch indirekt im Sinne von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall betroffen, zumal sie im Jahr 2019 über Fr. 90'000.-- verdient habe, womit kein "Härtefall" einer vermeintlich indirekt Betroffenen im Sinne der Verordnung gegeben sei. Diesbezüglich liege kein qualifiziertes Schweigen vor. Anhaltspunkte, wonach sich der Gesetzgeber mit der geschilderten Thematik befasst habe, beständen nicht. Der Bundesrat habe somit eine Regelung dieses Sachverhalts übersehen (Beschwerde, S. 8, Ziff. 20). Falls keine echte Lücke angenommen werde, wäre diese Regelung im Ergebnis im Sinne einer unechten Lücke unbefriedigend: So hätten gewisse Selbstständigerwerbende, deren Tätigkeit während dem Lockdown weiterhin erlaubt gewesen sei, Anspruch auf Erwerbsersatz, wogegen die Beschwerdeführerin, die von einem bundesrätlichen Teilverbot betroffen sei, keinen Anspruch habe (Beschwerde, S. 10, Ziff. 24). Liege demnach eine echte bzw. unechte Lücke vor, sei die Beschwerdeführerin gleich zu behandeln wie eine Selbstständigerwerbende, welche von einer Betriebschliessung oder einem Verbot gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-V 2 betroffen sei oder wie eine

Selbstständigerwerbende mit Anspruch auf Erwerbsersatz, welche indirekt von den bundesrätlichen Massnahmen im Zusammenhang mit Covid-19 betroffen sei (Beschwerde, S. 12, Ziff. 28).

### **E. 5.2.1**

Eine Lücke im Gesetz besteht, wenn sich eine Regelung als unvollständig erweist, weil sie jede Antwort auf die sich stellende Rechtsfrage schuldig bleibt oder eine Antwort gibt, die aber als sachlich unhaltbar angesehen werden muss. Hat der Gesetzgeber eine Rechtsfrage nicht übersehen, sondern stillschweigend – im negativen Sinn – mitentschieden (qualifiziertes Schweigen), bleibt kein Raum für richterliche Lückenfüllung (BGE 143 I 187 E. 3.2 S. 191, 134 V 182 E. 4.1 S. 185; Entscheid des BGer vom 3. September 2020, 9C\_615/2019 [zur Publikation vorgesehen], E. 4.4.1; SVR 2018 BVG Nr. 9 S. 30 E. 3.2).

### **E. 5.2.2**

Eine echte Gesetzeslücke liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, wenn der Gesetzgeber etwas zu regeln unterlassen hat, was er hätte regeln sollen, und dem Gesetz diesbezüglich weder nach

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 17 seinem Wortlaut noch nach dem durch Auslegung zu ermittelnden Inhalt eine Vorschrift entnommen werden kann. Von einer unechten oder rechtspolitischen Lücke ist demgegenüber die Rede, wenn dem Gesetz zwar eine Antwort, aber keine befriedigende zu entnehmen ist. Echte Lücken zu füllen, ist dem Richter aufgegeben, unechte zu korrigieren, ist ihm nach traditioneller Auffassung grundsätzlich verwehrt, es sei denn, die Berufung auf den als massgeblich erachteten Wortsinn der Norm stelle einen Rechtsmissbrauch dar (BGE 141 V 481 E. 3.1 S. 485).

### **E. 5.2.3**

Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Bestimmung. Ist der Text nicht ganz klar und sind verschiedene Interpretationen möglich, so muss nach seiner wahren Tragweite gesucht werden unter Berücksichtigung aller Auslegungselemente (grammatikalisches, historisches, zeitgemässes, systematisches und teleologisches Element [vgl. SVR 2005 ALV Nr. 6 S. 20 E. 3.3]). Abzustellen ist dabei namentlich auf die Entstehungsgeschichte der Norm und ihren Zweck, auf die dem Text zu Grunde liegenden Wertungen sowie auf die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt. Die Gesetzesmaterialien sind zwar nicht unmittelbar entscheidend, dienen aber als Hilfsmittel, um den Sinn der Norm zu erkennen. Das Bundesgericht hat sich bei der Auslegung von Erlassen stets von einem Methodenpluralismus leiten lassen und nur dann allein auf das grammatikalische Element abgestellt, wenn sich daraus zweifelsfrei die sachlich richtige Lösung ergab (BGE 145 V 2 E).

### **E. 5.3**

Zwecks Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie-massnahmen erliess der Bundesrat die COVID-19-V Erwerbsausfall (vgl. E).

### **E. 5.4**

Zu prüfen ist zunächst, wie sich die beiden Bestimmungen des Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall zueinander verhalten: Der Wortlaut von Art. 2 Abs. 3 COVID-19 V Erwerbsausfall ist klar: Anspruchsberechtigt sind (nur)

Selbstständigerwerbende, welche aufgrund einer Massnahme gemäss Art. 6 Abs. 1 und 2 COVID-19-V 2 einen Erwerbsausfall erleiden. Von Interesse ist vorliegend Abs. 2 der Bestimmung, welcher beispielhaft ("namentlich") öffentlich zugängliche Einrichtungen aufzählt, deren Schliessung der Bundesrat im Zuge der Massnahmen zur Pandemiebekämpfung für die Zeit ab 17. März 2020 anordnete (vgl. E.

#### **E. 5.5.1**

Zunächst wird in Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall beim Begriff der Selbstständigerwerbenden unmittelbar Bezug auf Art. 12 ATSG genommen, womit klar zum Ausdruck gelangt, dass – trotz der subjektbezogenen Umschreibung in Art. 12 ATSG (vgl. KIESER, Kommentar

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 20 zum ATSG [nachfolgend Kommentar], 4. Aufl. 2020, Art. 12 N. 2 f.) – branchenunabhängig jedwelche selbstständige Erwerbstätigkeit (im AHV-beitragsrechtlichen Sinne) gemeint ist (vgl. auch Ziff. 1024 f. des Kreis-schreibens des BSV über die Entschädigung bei Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus - Corona-Erwerbsersatz [KS CE], in den ab dem 17. April 2020 gültigen Fassungen) und folglich auch die Beschwerdeführerin in ihrer Eigenschaft als selbstständigerwerbende Ärztin grundsätzlich in den Anwendungsbereich der COVID-19-V Erwerbsausfall fällt. In Bezug auf Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall ergibt die grammatische Auslegung zunächst, dass die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen – selbstständige Erwerbstätigkeit, indirekte Betroffenheit infolge der bundesrätlichen Massnahmen zur Pandemiebekämpfung, massgebendes Einkommen zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- sowie AHV-rechtliche Unterstellung – kumulativ erfüllt sein müssen, was durch die Konjunktionen "und" sowie "wenn" ausgedrückt wird. Sodann wurde der Kreis der indirekt Betroffenen nicht weiter – beispielsweise nach Branchen oder etwa durch (implizite oder explizite) Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 3 COVID-19-V 2 – konkretisiert; insbesondere erfolgte auch keine Abstufung nach dem Grad der individuellen Betroffenheit respektive anhand der Höhe des durch die Pandemiemassnahmen erlittenen Erwerbsausfalls. Schliesslich ist auch der Passus "und ihr [der Selbstständigerwerbenden] für die Bemessung der Beiträge der AHV massgebendes Einkommen für das Jahr 2019 zwischen

#### **E. 5.5.2**

Dieses Ergebnis wird durch die übrigen Auslegungskriterien bestätigt und es besteht mit Blick auf die Materialien kein triftiger Grund für die Annahme, der Wortlaut von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall ziele am Rechtssinn der Regelung vorbei: In allgemeiner Hinsicht ist zu wiederholen (vgl. E. 5.3 vorne), dass der Erlass der COVID-19-V Erwerbsausfall im Rahmen eines Massnahmenpa-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 21 kets zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen der Ausbreitung des Coronavirus erfolgte. Ziel jener Massnahmen war es, die Beschäftigung zu erhalten, Löhne zu sichern und Selbstständigerwerbende aufzufangen. Mit diesen Massnahmen sollten Härtefälle soweit wie möglich vermieden und die betroffenen Personen und Branchen im Bedarfsfall möglichst unbürokratisch, gezielt und rasch unterstützt werden (vgl. Pressemitteilung des BSV vom 20. März 2020, S. 1 [www.bsv.admin.ch]). Dabei wurde mit der Bestimmung von Art. 1 COVID-19-V Erwerbsausfall (Anwendbarkeit des ATSG) deklariert, dass es sich hierbei um einen sozialversicherungsrechtlichen Erlass handelt; gesetzssystematisch

wurde die Verordnung denn auch den Erlassen des Allgemeinen Teils des Sozialversicherungsrechts (SR 830) zugeordnet. Daraus folgt, dass die COVID-19-V Erwerbsausfall der Abdeckung sozialer Risiken bzw. der Schaffung sozialer Sicherheit dienen soll (vgl. dazu, KIESER, Kommentar, Vorbemerkungen N. 13; LOCHER/GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., § 2 N. 43 f.). Dieser Grundsatz widerspiegelt sich ebenfalls im Sinn und Zweck der spezifischen Erwerbsausfallentschädigung gemäss Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall, welcher sich aus den Erläuterungen zur Verordnungsbestimmung vom 16. April 2020 ergibt. Danach sollen Härtefälle entschädigt werden, die sich durch den weitgehenden Stillstand der Wirtschaft mit Erwerbseinbussen konfrontiert sehen, obwohl ihre Erwerbstätigkeit nicht verboten ist. Mit andern Worten sollten diejenigen Fälle durch Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall aufgefangen werden, die von Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall nicht erfasst werden, aber aufgrund der bundsrätlichen Massnahmen (ebenfalls) in eine wirtschaftliche Notlage versetzt würden. Einzig beispielhaft werden in den Erläuterungen in diesem Zusammenhang Taxifahrer, Hoteliers, Kameraleute, Lieferanten oder Physiotherapeuten genannt. Dabei bestehen keine Anhaltspunkte, dass der Bundesrat, wie die Beschwerdeführerin geltend macht, "insbesondere an Branchen der Taxifahrer oder ähnliche Betriebe Selbständigerwerbender" – und damit nicht an die Ärzteschaft – "gedacht" hat (Beschwerde, S. 8, Ziff. 20). Im Gegenteil schliesst die beispielhafte Aufzählung andere erwerbliche Bereiche implizit ein, indem auch in den Erläuterungen ausdrücklich auf Selbständigerwerbende gemäss Art. 12 ATSG Bezug genommen

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 22 wird. Ferner wird darin auch klar und unmissverständlich dargelegt, von welchen Überlegungen sich der Bundesrat bei Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall bei der konkreten Ausgestaltung der Härtefallregelung hat leiten lassen bzw. weshalb ein Entschädigungsanspruch nur bei einem beitragspflichtigen Jahreseinkommen von maximal Fr. 90'000.-- (pro 2019) bestehen soll: So orientiert sich die statuierte Einkommensobergrenze am geltenden Plafond für die Entschädigung in der Erwerbersatzordnung, der sich auf Fr. 5'880.-- monatlich bzw. Fr. 196.-- pro Tag beläuft (vgl. Art. 16 Abs. 4, 16a und 16f EOG). Sodann liegt der Regelung gemäss den Erläuterungen der Gedanke zugrunde, dass Personen mit einem Fr. 90'000.-- übersteigenden Jahreseinkommen ein zeitlich begrenzter Einbruch des Erwerbseinkommens zuzumuten ist. Damit wird klar zum Ausdruck gebracht, dass Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall allein eine (vom Grundsatz des Abs. 3 abweichende) Härtefallregelung darstellt; indem ein betraglicher Rahmen festgelegt wurde, innerhalb dessen sich das Einkommen bewegen muss, um einen Leistungsanspruch zu begründen, wurde der unbestimmte Rechtsbegriff des Härtefalls zudem abschliessend – und unmissverständlich – positivrechtlich definiert. Zentraler Anknüpfungspunkt für den Leistungsanspruch bildet demnach das Vorliegen eines "Härtefalls" und nicht die Branche, in welcher der potentiell Leistungsberechtigte erwerbstätig ist. Nichts Anderes ergibt sich aus den übrigen Quellen: So wird auch in der bundsrätlichen Medienmitteilung vom 16. April 2020 zur Verordnungsänderung unter dem Titel "Coronavirus: Ausweitung des Erwerbersatz-Anspruchs auf Härtefälle" auf den Charakter der Entschädigung als Instrument zur Vermeidung von existenziellen Schwierigkeiten hingewiesen, wobei die alleinige Erwähnung der "Taxifahrer" wiederum einzig (und ausdrücklich) beispielhaft erfolgte. Der Pressekonferenz des Bundesrates vom gleichen Tag ist nichts Anderes zu entnehmen (s. <https://www.youtube.com/watch?v=GS9Hmofdars>, besucht am 15. Dezember 2020,

insbesondere ab 19:24 und 52:47). Der Härtefallcharakter von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall wird sodann auch im KS CE (in den ab dem 17. April 2020 gültigen Fassungen) betont (vgl. Überschrift zu Ziff. 1041.2) und im Vorwort zur Version 2 wird festgehalten, um lediglich Härtefälle zu berücksichtigen, bestehe nur Anspruch, wenn das AHV-pflichtige

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 23 Einkommen zwischen Fr. 10'000.-- und Fr. 90'000.-- liege. Das Gleiche folgt schliesslich aus den Angaben des Merkblattes 6.03 Corona Erwerbsersatz „Corona Erwerbsersatzentschädigung“, Stand 17. April 2020, welches von der Informationsstelle AHV/IV in Zusammenarbeit mit dem BSV herausgegeben wird (einsehbar unter [www.ahv-iv.ch](http://www.ahv-iv.ch)), und worin in Ziff. 20 auf die hier interessierende Härtefallregelung hingewiesen und der Härtefall ausdrücklich mit dem Vorliegen einer durch die Pandemiesituation bedingten finanziellen Notlage gleichgesetzt wird.

### **E. 5.6**

Zusammenfassend ist der normative Gehalt von Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall klar und unmissverständlich. Es bestehen sodann keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass der Bundesrat beim Erlass dieser Bestimmung einen Sachverhalt, wie er vorliegend zur Diskussion steht, versehentlich unberücksichtigt gelassen, sich über gewisse Tatsachen geirrt hätte oder sich die Verhältnisse während des (kurzen) Geltungszeitraums der Verordnung in einem solchen Masse gewandelt hätten, dass die Vorschrift nicht oder nicht mehr befriedigen würde und ihre Anwendung rechtsmissbräuchlich erschiene (vgl. E. 5.2.2 vorne; BGE 145 V 75 E. 5.2.1 S. 81). Gegenteils wird der (sachlich ohne weiteres vertretbare, vgl. E. 8 ff. hinten) Sinn und Zweck der Bestimmungen im Allgemeinen und hinsichtlich Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall im Besonderen durch den Wortlaut zutreffend wiedergegeben. Dies gilt namentlich insoweit, als die Beschwerdeführerin geltend macht, die Einkommenslimite gelte nur für bestimmte Branchen, zu denen Ärzte nicht gehörten (Beschwerde, S. 8, Ziff. 20). Eine derartige Beschränkung der Regelung auf einzelne Gewerbezweige ist den bundesrätlichen Stellungnahmen nicht zu entnehmen; insoweit ist vielmehr von einem qualifizierten Schweigen des Verordnungsgebers auszugehen. Demnach regeln Art. 2 Abs. 3 und Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall die Anspruchsvoraussetzungen umfassend und abschliessend und es besteht kein Raum für richterliche Lückenfüllung.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 24 6. Eine andere Frage ist, ob die dem Dargelegten zufolge klare Regelung – wie die Beschwerdeführerin geltend macht – gegen mehrere Grundrechte verstösst, so gegen das Rechtsgleichheitsgebot (Beschwerde, S. 12 ff., Ziff. 30 ff.), das Diskriminierungsverbot (S. 16, Ziff. 39 ff.), die Wirtschaftsfreiheit (S. 15 f., Ziff. 36 ff.) sowie gegen das Verbot von Willkür in der Rechtsetzung (S. 17 f., Ziff. 43 ff.). 7. 7.1 Das zentrale Regelungsthema der COVID-19-V 2 (vgl. E. 3.1 vorne) ist der Schutz des Polizeiguts der öffentlichen Gesundheit. Die angeordneten Massnahmen dienten der Bekämpfung des Coronavirus und der Verminderung des Übertragungsrisikos. Demgegenüber diente die COVID-19-V Erwerbsausfall – anders als die COVID-19-V 2 – nicht der unmittelbaren Bekämpfung der Pandemie (im Sinne von Primärmassnahmen), sondern betraf eigentliche Sekundärmassnahmen, welche die Linderung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der (mittels COVID-19-V 2 angeordneten) Pandemiemassnahmen bezweckten (vgl. BBl 2020 6571). 7.2 Im Gegensatz zur COVID-19-V 2 erliess der Bundesrat die COVID-19-V

Erwerbsausfall, auf welcher der vorliegend angefochtene Ein- spracheentscheid vom 13. Mai 2020 (act. II 5) in erster Linie beruht, ausschliesslich gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV. Diese Bestimmung sieht unter der Überschrift "Äussere und innere Sicherheit" vor, dass der Bundesrat befugt ist, unmittelbar gestützt auf diesen Artikel Verordnungen und Verfügungen zu erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen, wobei solche Verordnungen zu befristen sind. Damit handelt es sich bei der COVID-19-V Erwerbsausfall um eine selbstständige Verordnung (vgl. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts; Überlegungen zu einer ausserordentlichen ausserordentlichen Lage, in: AJP 2020, S. 692). Diese konzipiert eine neue Sozialversicherungsleistung (vgl. E. 3.2 vorne), womit ihr gesetzvertretende oder -ergänzende Eigenschaft zukommt (zum Ganzen vgl.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 25 GIOVANNI BIAGGINI, "Notrecht" in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs. 3 BV, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht [nachfolgend ZBl], S. 255). 7.3 Der Bundesrat kann Art. 185 Abs. 3 BV anrufen und in legislativer Kompetenz Verordnungen erlassen, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind (vgl. URS SAXER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, N. 71 zu Art. 185 BV): - Die öffentliche Ordnung, die innere oder die äussere Sicherheit ist betroffen (relevantes Schutzgut); - bezüglich des Schutzgutes besteht eine unmittelbar drohende oder eingetretene, schwere Störung (sachliche Dringlichkeit); - es liegt zeitliche Dringlichkeit vor; - es stehen keine geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung. Diese Voraussetzungen müssen während der gesamten Dauer der Massnahme erfüllt sein (SAXER, a.a.O., N. 73 zu Art. 185 BV). 7.4 Im Rahmen der Zulässigkeitsvoraussetzungen (vgl. E. 7.3 hiervoor) setzt die Verfassung der inhaltlichen Ausgestaltung der Massnahmen keine Grenzen bzw. sie belässt dem Bundesrat ein weites Ermessen, weil unterschiedlichsten Gefahren begegnet werden und der Bundesrat möglichst grosse Handlungsfreiheit haben soll (SAXER, a.a.O., N. 89 zu Art. 185 BV). Jedoch sind selbstständige Verordnungen – zu denen auch die COVID-19- V Erwerbsausfall zählt (vgl. E. 7.2 vorne) – auf ihre Verfassungsmässigkeit hin zu überprüfen (BGE 123 II 16 E. 3a S. 22; ASTRID EPINEY in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 31 zu Art. 190; BIAGGINI, BV Kommentar, 2017, N. 11 zu Art. 185). So müssen Massnahmen nach Art. 185 Abs. 3 BV gemäss herrschender Lehre die verfassungsrechtlichen Vorgaben umfassend respektieren (SAXER, a.a.O., N. 97 zu Art. 185 BV; Botschaft vom 20. November 1996 über eine neue Bundesverfassung, [BBl] 1997 I 419). Insbesondere behalten die Grundrechte ihre Geltung auch unter dem Notrechtsregime; jedoch kann Art. 185 Abs. 3 BV Grundlage selbst für schwere Grundrechtseinschränkungen bilden (SAXER, a.a.O., N. 100 zu Art. 185 BV; BIAGGINI, ZBl, S. 242; BENJAMIN MÄRKLI, Notrecht in der Anwendungsprobe – Grundlegendes am Beispiel der COVID-19-Verordnungen, in: Sicherheit & Recht 2/2020, Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 26 S. 63). Soweit Notverordnungen zu Einschränkungen von Grundrechten führen, müssen die Voraussetzungen von Art. 36 Abs. 2 – 4 BV erfüllt sein (SAXER, a.a.O., N. 100 zu Art. 185 BV). Demnach müssen Einschränkungen von Grundrechten durch ein öffentliches Interesse oder durch den Schutz von Grundrechten Dritter gerechtfertigt (Abs. 2) sowie

verhältnis- mässig sein (Abs. 3) und den Kerngehalt des Grundrechts wahren (Abs. 4; vgl. auch BGE 123 IV 29 E. 3a S. 34 [zu aArt. 102 Ziff. 8 – 10 BV]; MÄRKLI, a.a.O., S. 63). Sind die Kriterien von Art. 185 Abs. 3 BV jedoch gegeben, bleibt die Prüfung auf die Verhältnismässigkeit i.e.S. und die Kerngehalts- garantie beschränkt (SAXER, a.a.O., N. 100 zu Art. 185 BV). 8. 8.1 Zu den allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen (vgl. E. 7.3 vorne) ist Folgendes festzuhalten: In Bezug auf das relevante Schutzgut steht zunächst zwar fest, dass – wie in E. 7.1 vorne dargelegt – die COVID-19-V Erwerbsausfall im Gegensatz zur COVID-19-V 2 nicht der unmittelbaren Bekämpfung der Pandemie (im Sinne von Primärmassnahmen) diene, sondern zu den eigentlichen Sekundärmassnahmen zählt, welche die Linderung der sozialen und wirtschaftlichen Folgen der (mittels COVID-19-V 2 angeordneten) Pandemiemassnahmen bezweckten. Ein Teil der Lehre kritisiert denn auch, dass die Finanzhilfen für Individuen und Unternehmen – und damit auch der Regelungsgehalt der COVID-19-V Erwerbsausfall – zum Teil über die in Art. 185 Abs. 3 BV ausdrücklich genannten relevanten Schutzgüter im Sinne von klassischen Polizeigütern (Leib und Leben, Eigentum oder Freiheit [vgl. JÖRG KÜNZLI, in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 36 zu Art. 185 BV]) hinausgehen (vgl. BIAGGINI, ZBl, S. 256 f.; CARONI/SCHMID, Notstand im Bundeshaus, in: AJP 2020 S. 714). Indessen legt das Bundesgericht den (unbestimmten) Begriff des Polizeigutes in Zusammenhang mit der polizeilichen Generalklausel (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) extensiv aus und subsumiert darunter auch die "ökonomische Stabilität" (vgl. BGE 137 II 431 E. 4.1 S.446), womit es einen äusserst

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 27 weiten Kreis an Schutzobjekten erfasst und daher sehr diverse und weitgehende notrechtliche Massnahmen erlaubt (vgl. MÄRKLI, a.a.O., S. 61). Indem sich Art. 185 Abs. 3 BV im Vergleich zu Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV zudem auf einen weiter gefassten Schutzbereich erstreckt (vgl. SAXER, a.a.O., N. 13 zu Art. 185 BV), spricht nichts dagegen, die vom Bundesrat angeordneten Massnahmen zur Abfederung der wirtschaftlichen Folgen diesem Schutzbereich zuzuordnen. Sodann wird auch in der Lehre die Auffassung vertreten, der Bundesrat müsse auch dann handeln können, wenn ein Nichthandeln aufgrund einer gesamthaften Einzelfallbeurteilung als gesamtgesellschaftlich und politisch unverantwortlich erschiene, ohne dass zwingend ein Polizeigut betroffen sei. Von den notrechtlichen Befugnissen nach Art. 185 Abs. 3 BV seien demnach auch andere, nichtpolizeiliche Schutzgüter erfasst. So seien etwa auch die Existenzsicherheit und die Sicherheit der wirtschaftlichen Tätigkeit als Schutzgüter im Rahmen von Art. 185 Abs. 3 BV theoretisch denkbar. Auch wirtschaftliche Desaster, welche die gesellschaftliche Ordnung in ihren Grundfesten erschütterten, könnten Massnahmen rechtfertigen (vgl. SAXER, a.a.O., N. 78 f. zu Art. 185 BV). Unter konkreter Bezugnahme auf die vom Bundesrat angeordneten Massnahmen zur Bekämpfung der wirtschaftlichen und sozialen Folgen der Pandemie postulieren auch BRUN- NER/WILHELM/UHLMANN, es greife zu kurz, die Norm generell auf den Schutz von Polizeigütern beschränken zu wollen; insbesondere könnten Massnahmen nach Art. 185 Abs. 3 BV auch zum Schutz anderer, nichtpolizeilicher Schutzgüter ergehen, sofern sie von fundamentaler Bedeutung seien und ihre Bedrohung so schwer wiege, dass notrechtliches Handeln gestützt auf eine umfassende Interessenabwägung als gerechtfertigt erscheine, welche Voraussetzung etwa bei wirtschaftlichen Desastern gegeben sei. Wenn der Bundesrat seine stark belastenden Massnahmen mit begünstigenden Massnahmen ergänzt habe, sei dies wirtschafts- und sozialpolitisch nicht nur angezeigt, sondern wegen grundrechtlicher Schutzpflichten des

Staates und des Verhältnismässigkeitsprinzips in einem erheblichen Umfang auch verfassungsrechtlich geboten gewesen (a.a.O., S. 695). Auch PÄRLI scheint sich dieser Einschätzung im Ergebnis anzuschliessen (vgl. a.a.O., S. 129).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 28  
8.2 Auch aus hiesiger Sicht besteht kein Anlass, die sich aus Art. 185 Abs. 3 BV ergebende Verordnungskompetenz des Bundesrates in Bezug auf die Abfederung der wirtschaftlichen und sozialen Folgen der Pandemie in Zweifel zu ziehen. Gegenteils waren die streitbetroffenen, im Lichte einer ex-ante-Betrachtung (vgl. BGE 137 II 431 E. 4.3.2 S. 448) zu beurteilenden mittelbaren Massnahmen unstrittig die (direkt kausale) Folge der bundesrätlichen Anordnungen zur Bekämpfung der Pandemie respektive des daraus resultierenden Stillstandes der Wirtschaft, welcher sich aus damaliger Optik in einem erwarteten Einbruch des Bruttoinlandprodukts (BIP) von 6.7% manifestierte. Dies hätte dem stärksten Rückgang seit 1975 entsprochen (vgl. Medienmitteilung des Staatssekretariats für Wirtschaft [SECO] vom 23. April 2020). Mit Blick auf die daraus resultierenden, unabsehbaren wirtschaftlichen und sozialen Konsequenzen erweist sich der Erlass der COVID-19-V Erwerbsausfall respektive der hier streitbetroffenen Bestimmungen zwecks Aufrechterhaltung der ökonomischen Stabilität (relevantes Schutzgut) als sachlich ohne weiteres geboten. Sodann waren auch die übrigen Voraussetzungen für eine Berufung auf Art. 185 Abs. 3 BV gegeben (vgl. E. 7.3 vorne): So war in Anbetracht der hohen Dynamik der Pandemie sowie der in kurzen Abständen erfolgten Anordnungen zu deren Bekämpfung mit im Verlauf äusserst restriktiven Massnahmen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit von einem unmittelbar drohenden wirtschaftlichen Schaden von grosser (und unabsehbarer) Tragweite auszugehen, so dass die sachliche Dringlichkeit ohne weiteres gegeben war. Auch konnte der Erlass gesetzlicher Normen auf dem Wege der ordentlichen Rechtssetzung aufgrund der langen Dauer jenes Verfahrens offensichtlich nicht abgewartet werden (zeitliche Dringlichkeit [vgl. SAXER, a.a.O., N. 86 zu Art. 185 BV]). Ebenso standen – soweit den streitgegenständlichen Kontext betreffend – keine anderen geeigneten gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung. Diese im Rahmen der Anwendung von Art. 185 Abs. 3 BV zu beachtenden Voraussetzungen waren für die gesamte Dauer der Massnahme erfüllt. Im Übrigen war die hier interessierende COVID-19-V Erwerbsausfall zum vornherein auf sechs Monate befristet (vgl. E. 3.3.4 vorne) und es wurde mit dem Covid-19-Gesetz (rechtzeitig) eine Grundlage dafür geschaffen, dass der Bundesrat die mit der COVID-19-V Erwerbsausfall regelten

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 29  
Massnahmen fortführen konnte bzw. kann (vgl. Art. 185 Abs. 3 i.V.m. Art. 7d des Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetzes vom 21. März 1997 [RVOG; SR 172.010]). Schliesslich ist zu beachten, dass vorliegend mit Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall Normen im Fokus stehen, welchen – dies etwa im Gegensatz zu Art. 6 und 8 Abs. 5 COVID- 19-V Erwerbsausfall – keine einer unmittelbaren Anwendbarkeit allenfalls entgegenstehende Gesetzesderogierende Eigenschaft zukommt (zur Problematik vgl. BIAGGINI, ZBl, S. 255; BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., 696 f.; CARONI/SCHMID, a.a.O., S. 713 f.). 8.3 Zusammenfassend besteht kein Grund, der COVID-19-V Erwerbs- ausfall im Allgemeinen respektive den hier zur Diskussion stehenden Normen im Einzelnen die Anwendung zu versagen. Dergleichen wird denn auch in der Beschwerde nicht geltend gemacht. 9. 9.1 Die Beschwerdeführerin rügt jedoch zunächst eine Verletzung des Rechtsgleichheitsgebots. Eine Betriebsschliessung und

eine Teilbetriebs- schliessung im Umfang von 90% seien als ähnliche Sachverhalte zu quali- fizieren, insbesondere was die wirtschaftlichen Auswirkungen anbelange. Sachlich begründen lasse sich die Ungleichbehandlung nicht. Seit der Ein- führung von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall lasse sich eine Differenzierung zwischen einem Teilverbot im Umfang von 90% wie bei der Beschwerdeführerin und einer vollständigen Betriebsschliessung definitiv nicht mehr rechtfertigen (Beschwerde, S. 12 f., Ziff. 31). Weiter verletzen Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall das Gleichbehandlungs- gebot nach Art. 8 Abs. 1 BV deshalb, weil eine ungerechtfertigte Differen- zierung zwischen beiden beinahe identischen Sachverhalten eines selbstständigerwerbenden Arztes mit einem AHV-relevanten Einkommen von Fr. 90'000.-- und einem solchen mit einem darüber liegenden Einkom- men geschaffen werde (S. 13, Ziff. 33). Schliesslich bestehe auch eine Un- gleichbehandlung von Arztpraxen abhängig von der Rechtsform (S. 15, Ziff. 35).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 30

9.2 9.2.1 Das Gebot der rechtsgleichen Behandlung (Art. 8 Abs. 1 BV) ist verletzt, wenn ein Erlass hinsichtlich einer entscheidungswesentlichen Tatsache rechtliche Unterscheidungen trifft, für die ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen nicht ersichtlich ist, oder wenn er Unterscheidun- gen unterlässt, die sich aufgrund der Verhältnisse aufdrängen. Gleiches muss nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Mass- gabe seiner Ungleichheit ungleich behandelt werden. Die Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Ver- hältnissen ersichtlich ist, kann zu verschiedenen Zeiten unterschiedlich beantwortet werden, je nach den herrschenden Anschauungen und Ver- hältnissen. Dem Gesetzgeber bleibt im Rahmen dieser Grundsätze und des Willkürverbots ein weiter Gestaltungsspielraum (BGE 142 II 425 E. 4.2 S. 427).

9.2.2 Es gehört zum Wesen der Rechtsetzung, vom konkreten Einzelfall zu abstrahieren und allgemeingültige Vorschriften zu erlassen. Die Aufgabe des Gesetzgebers besteht darin, ausgehend von einem vorgegebenen oder selbst gewählten Regelungsziel eine abstrakte Grundlage zu konstru- ieren, auf deren Basis die Rechtsanwendung eine rechtsgleiche Behand- lung gleichartiger Sachverhalte ermöglicht (vgl. BERNHARD WALDMANN in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 28 zu Art. 8 BV). Es gibt jedoch keinen Anspruch darauf, dass der Gesetzgeber jede tatsächliche Ungleichheit berücksichtigt und dafür unter- schiedliche Rechtsfolgen vorsieht. Eine gewisse Schematisierung und Ver- einfachung ist dem Gesetz inhärent, kann aber überdies vom Gesetzgeber gewollt sein. Sie lässt sich aus Gründen der Praktikabilität (insbesondere Vollzugstauglichkeit) und der Rechtssicherheit rechtfertigen (vgl. WALD- MANN, a.a.O., N. 37 zu Art. 8 BV).

9.2.3 Die Schrankenregelung von Art. 36 BV (vgl. E. 7.4 vorne) ist nicht auf die Struktur des allgemeinen Gleichheitssatzes zugeschnitten, denn eine unsachliche Begründung lässt sich nicht rechtfertigen. Eine Ungleichbehandlung (oder Gleichbehandlung) lässt sich entweder sachlich begründen oder nicht. Dies schliesst es indessen nicht aus, die in Art. 36

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 31

BV enthaltenen Grundsätze in die Prüfung einfließen zu lassen (vgl. WALDMANN, a.a.O., N. 24 und N. 32 zu Art. 8 BV).

9.3 9.3.1 Wie in E. 5.4 ff. vorne dargelegt, hat der Bundesrat in den Art. 2 Abs. 3 und Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall auf eine graduelle Abstu- fung zwischen direkter und indirekter Betroffenheit verzichtet. In der Folge hat er bei der Ausgestaltung der Anspruchsvoraussetzungen je nachdem, ob die

selbstständigerwerbende Person von einer Betriebsschliessung betroffen war oder nicht, je unterschiedliche Rechtsfolgen nach Massgabe von Abs. 3 bzw. Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall geknüpft. Mit ihrer Kritik, die Ungleichbehandlung einer Betriebsschliessung und einer Teilbetriebsschliessung "im Umfang von 90%" lasse sich sachlich nicht begründen (vgl. E. 9.1 vorne), blendet die Beschwerdeführerin den hier zentralen Aspekt aus, dass Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall nicht im ordentlichen Legiferierungsverfahren erging, sondern gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV (vgl. E. 7.2 und E. 8 vorne), womit es sich um eine eigentliche "Notverordnung" handelt (zur Einbürgerung dieser Terminologie, vgl. BRUNNER/WILHELM/UHLMANN, a.a.O., S. 688). Wie in E. 9.2.1 gezeigt, ist die Beurteilung der Frage, ob für eine rechtliche Unterscheidung ein vernünftiger Grund in den zu regelnden Verhältnissen ersichtlich ist, auch relativ zu den Verhältnissen, wie sie im Zeitpunkt der Rechtssetzung herrschten. Insoweit ist entscheidend, dass – wie in E. 8.2 dargelegt – die in COVID-19-V Erwerbsausfall beschlossenen Massnahmen, und so auch jene gemäss Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall, aufgrund hoher sachlicher und zeitlicher Dringlichkeit erfolgten. Insbesondere lag – ex ante betrachtet – eine in räumlicher, sachlicher und zeitlicher Hinsicht nicht begrenzte und akute Krisensituation vor. Für deren Bewältigung hatte sich der Bundesrat zwecks Wahrung der ökonomischen Stabilität (vgl. E. 8 vorne) auf wesentliche Aspekte mit sofort wirkenden Massnahmen zum Erhalt von Erwerbsmöglichkeiten (vgl. KIESER, AJP, S. 554) zu beschränken. Allein vor diesem Hintergrund ist zu prüfen, ob Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall vor dem Rechtsgleichheitsgebot (sowie den übrigen angerufenen Verfassungsbestimmungen) standhält.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 32

9.3.1.1 Zunächst trägt die vom Bundesrat vorgenommene Differenzierung zwischen direkter und indirekter Betroffenheit gemäss Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall dem Umstand Rechnung, dass eine vollständige Betriebsschliessung potentiell eher geeignet ist, zu einer wirtschaftlichen Notlage zu führen, als wenn der Betrieb – wenngleich wie hier in erheblich reduziertem Ausmass – weitergeführt werden kann. Entgegen der Beschwerdeführerin war denn auch mit der Einführung von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall für sie keine Schlechterstellung verbunden, ungeachtet dessen, in welchem Ausmass sie von der Teilbetriebsschliessung betroffen war. Denn mit dieser Bestimmung wurde potentiell für alle Selbstständigerwerbenden, die bisher keinen Anspruch hatten, da sie nicht von einer direkten Betriebsschliessung betroffen waren, eine Grundlage für einen Erwerb ersatz während einem befristeten Zeitraum geschaffen. Die für die Beschwerdeführerin massgebende Einschränkung ergibt sich folglich einzig aus dem definierten Einkommensbereich, den sie überschreitet.

9.3.1.2 Die Beschwerdeführerin macht insoweit geltend, eine Differenzierung zwischen einem Einkommen von Fr. 90'000.-- und höheren Einkommen sei nicht gerechtfertigt. Dass im Falle einer direkten Betroffenheit gestützt auf Art. 2 Abs. 3 COVID-19-V Erwerbsausfall unabhängig von der Einkommenshöhe ein Anspruch auf Erwerb ersatz besteht, wohingegen bei indirekter Betroffenheit eine anspruchrelevante Einkommensobergrenze von Fr. 90'000.-- (Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall) festgelegt wurde, stellt keine unsachgemässe Ungleichbehandlung dar. Im Gegenteil ist – wie in E. 9.3.1.1 vorne erwogen – das Risiko für den Eintritt einer wirtschaftlichen Notlage höher, wenn (infolge einer Betriebsschliessung) das gesamte Einkommen wegbricht, als wenn – obgleich in reduziertem Ausmass – grundsätzlich weiterhin Einkommen realisiert werden kann (zum

angeordneten, teilweisen Berufsausübungsverbot, vgl. E. 9.3.1.4 hinten). Ferner ist der Beschwerdeführerin zwar insoweit beizupflichten, als mit der Festlegung einer (anspruchsrelevanten) Einkommensobergrenze von Fr. 90'000.-- in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall ein Schwellenwert definiert wird, bei dessen bloss geringfügiger Überschreitung ein Anspruch auf Erwerb ersatz entfällt. Indessen ist bei abstrakten Regelungen,

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 33 wie sie hier getroffen wurden, ein gewisser Schematismus unvermeidbar (vgl. E. 9.2.2 vorne). Dass daraus (anspruchsrelevante) Schwellenwerte resultieren, ist namentlich im Sozialversicherungsrecht nicht ungewöhnlich, wie nachfolgende Beispiele illustrieren: So hängt etwa in den Zweigen der Invaliden- und Unfallversicherung sowie in der obligatorischen beruflichen Vorsorge der Anspruch auf eine Invalidenrente davon ab, dass ein Invaliditätsgrad – im Sinne der mittels eines Prozentwerts ausgedrückten Erwerbseinbusse – von mindestens 10% bzw. 40% erreicht wird (vgl. Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 19. Juni 1959 über die Invalidenversicherung [IVG; SR 831.20]; Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung [UVG; SR 832.20]; Art. 23 lit. a des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1982 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge [BVG; SR 831.40]). Sodann setzt der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung grundsätzlich die Erfüllung einer zwölfmonatigen Mindestbeitragszeit voraus (vgl. Art. 13 Abs. 1 AVIG), wobei eine Aufrundung der als Beitragszeit anrechenbaren Kalendertage auch dann nicht in Betracht fällt, wenn sie nur um den Bruchteil eines Tages nicht erreicht wird (vgl. Entscheid des BGer vom 21. Dezember 2020, 8C\_541/2020, E. 5.3.6). Aber auch die Versicherungsunterstellung als solche kann vom Erreichen von Schwellenwerten abhängen: So sind etwa nach dem BVG nur diejenigen AHV-pflichtigen Arbeitnehmer obligatorisch zu versichern, die einen Jahreslohn über der gesetzlichen Eintrittsschwelle (von aktuell Fr. 21'510.-- [vgl. Art. 3a der Verordnung vom 18. April 1984 über die berufliche Alters-, Hinterlassenen und Invalidenvorsorge; BVV 2, SR 831.441.1]) beziehen. Personen, die diesen Lohn nicht erreichen, sind nicht obligatorisch in der zweiten Säule versichert. Es sind Gründe der Klarheit, Praktikabilität und der Rechtssicherheit, welche für die Festlegung von derartigen Schwellenwerten im Sozialversicherungsrecht sprechen. Was jedoch für Bestimmungen, die im ordentlichen Rechtsetzungsprozess ergingen, richtig ist, kann betreffend Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall, die auf "Notrecht" basieren, umso weniger falsch sein. Denn diesfalls ist den Gründen, welche für Schwellenwerte sprechen, im Lichte der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit hinsichtlich der zu regelnden Verhältnisse sowie des Gebots des raschen Handelns seitens der Rechtsanwender im besonderen Masse Rechnung zu

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 34 tragen und erweist sich die Festsetzung einer exakten betraglichen und einfach zu handhabenden Einkommensobergrenze als umso mehr gerechtfertigt (vgl. auch STEFAN HÖFLER, Notrecht als Krisenkommunikation? Re-daktionelle Fallgruben in der COVID-19-Verordnung 2, in: AJP 2020 S. 703). Dem Erfordernis der Verständlichkeit und Praktikabilität hat der Bundesrat auch dadurch Rechnung getragen, dass die Einkommensobergrenze von Fr. 90'000.-- kein Novum darstellt, sondern sich in das bestehende Sozialversicherungssystem einfügt, indem sich Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall an den geltenden Plafond für die Entschädigung in der

Erwerbsersatzordnung anlehnt (vgl. E. 5.5.2 vorne). 9.3.1.3 Im Weiteren gilt es auch im Auge zu behalten, dass der auf Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall basierende Erwerbsersatz nach dem Willen des Verordnungsgebers nur Härtefällen (vgl. E. 5.5.2 vorne) zugute- kommen sollte. Dass der Bundesrat jene Selbstständigerwerbenden, die ihren Betrieb weiterführen konnten und ein Einkommen von über Fr. 90'000.-- aufwiesen, von der staatlichen Unterstützung ausnahm und sich insoweit auf eine Härtefallregelung beschränkte, ist im Lichte der durch die COVID-19-V Erwerbsausfall bezweckten Wahrung der ökonomischen Stabilität durch Verhinderung von Notlagen nicht zu beanstanden. Bei der sachlich wie zeitlich gebotenen Dringlichkeit durfte und musste sich der Bundesrat auf notwendige, aber auch hinreichende Unterstützungsmass- nahmen beschränken. Dabei erweist sich die getroffene Härtefallregelung mit einer Einkommensobergrenze von Fr. 90'000.-- als ohne weiteres sachgerecht: So betrug der monatliche Median-Bruttolohn in der Schweiz (im Jahr 2018) Fr. 6'538.-- respektive jährlich knapp Fr. 80'000.-- (vgl. [www.bfs.admin.ch](http://www.bfs.admin.ch)), wobei dieser Wert im Jahr 2020 nicht wesentlich höher liegen dürfte. Indem die gesetzte Obergrenze von Fr. 90'000.-- demnach einem deutlich über dem Median liegenden Einkommen entspricht, wird der Zweck der Vermeidung von Härtefällen offensichtlich erfüllt respektive er- weist sich die Härtefallregelung sogar als eher grosszügig. Mit andern Wor- ten sind lediglich Personen mit (deutlich) überdurchschnittlichem Einkommen vom fraglichen Erwerbsersatzanspruch ausgenommen. Auch ist die Ausgestaltung von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall als eine Härtefallregelung relativ zu ihrer zeitlichen Geltungsdauer zu würdi- gen, ist diese doch auf sechs Monate beschränkt (vgl. E. 3.3.4 vorne), wo-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 35 mit sie einen relativ kurzen, überschaubaren Zeitraum beschlägt. Schliess- lich gilt es mit Blick auf den vorliegenden Einzelfall zu berücksichtigen, dass ambulante medizinische Praxen ihre Tätigkeit ab dem 27. April 2020 wieder vollumfänglich aufnehmen konnten (vgl. E. 3.1.3 vorne), womit die Betroffenen einen Erwerbsausfall von knapp sechs Wochen zu überbrü- cken hatten. Die Beschwerdeführerin macht nicht geltend, dass dies in ih- rem Fall anders gewesen wäre. Das Gericht verkennt nicht, dass der dergestalt erlittene Einkommensverlust erheblich ist. Jedoch erweist sich dieser mit Blick auf das in der selbstständigerwerbenden Ärzteschaft erziel- te hohe Durchschnittseinkommen von weit über Fr. 200'000.-- pro Jahr (vgl. dazu die vom BAG in Auftrag gegebene Studie des Büros für Arbeits- und sozialpolitische Studien BASS AG „Einkommen, OKP-Leistungen und Be- schäftigungssituation der Ärzteschaft 2009–2014“ vom 28. August 2018, Tabelle S. 22 sowie E. 11.3.2 hinten) – nicht als untrag- bzw. unzumutbar. Nichts Anderes ergibt sich in Bezug auf die Beschwerdeführerin, erzielte sie doch im Vorjahr gemäss eigenen Angaben ein AHV-relevantes Ein- kommen von Fr. ...'000.-- (vgl. Beschwerde, S. 5, Ziff. 12). Soweit in den Erläuterungen zur Änderung vom 16. April 2020 festgehalten wurde, dass es Personen mit einem Einkommen von mehr als Fr. 90'000.-- zuzumuten sei, einen zeitlich begrenzten Einbruch des Einkommens hinzunehmen, so ist dies demnach in grundsätzlicher Hinsicht sowie in Bezug auf die Ärzte- schaft im Speziellen sachlich vertretbar. 9.3.1.4 Im Weiteren ist das Vorbringen der Beschwerdeführerin, sie sei von einem beruflichen Teilverbot betroffen gewesen (vgl. u.a. Beschwerde, S. 7, Ziff. 18; S. 8, Ziff. 20; S. 14, Ziff. 35), mit Blick auf Art. 10a COVID-19- V 2 zwar nicht von der Hand zu weisen (vgl. E. 3.1.2 vorne). Dass der Bun- desrat in Bezug auf Spitäler, Kliniken, Arztpraxen und Zahnarztpraxen, welche den Betrieb weiterführen konnten (Art. 6 Abs. 3 lit. m COVID-19-V 2), auf eine von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall abweichende

Sonderregelung verzichtet hat, ist in Anbetracht des in den vorausgehenden Erwägungen dargelegten Normzwecks – Verhinderung von Notlagen zwecks Wahrung der ökonomischen Stabilität – jedoch nicht zu beanstanden. Wie in E. 9.3.1.3 hiervor dargelegt, durfte der Bundesrat dabei auch dem statistisch hohen Durchschnittseinkommen selbstständigerwerbender

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 36  
Ärzte, namentlich auch solcher der Allgemeinen Inneren Medizin (vgl. E. 11.3.2 hinten), Rechnung tragen. 9.3.1.5 Sodann kann die Beschwerdeführerin auch aus dem Umstand, wonach die Obergrenze von Fr. 90'000.-- mit der Verwaltungsänderung vom 17. September 2020 "ersatzlos gestrichen" worden sei (vgl. Eingabe vom 16. November 2020 sowie E. 3.4 vorne), nichts zu ihren Gunsten ableiten: Zunächst gilt Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-V Erwerbsausfall erst für die Zeit ab 17. September 2020 (AS 2020 4574) und ist damit vorliegend in zeitlicher Hinsicht nicht massgebend (vgl. E. 4.1 vorne). Sodann stellt diese Bestimmung, welche nicht mehr auf "Notrecht" basiert, keine Härtefallregelung dar, womit Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-V Erwerbsausfall offenkundig ein anderer Zweckgedanke als Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall (in der bis am 16. September 2020 in Kraft gestandenen Fassung) zugrunde liegt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Ausmass der durch die Pandemie ausgelösten Wirtschaftskrise einerseits und die sich daraus ergebenden fiskalischen Konsequenzen (vgl. E. 12.3 hinten) andererseits nunmehr besser abschätzbar waren als bei Erlass der auf Notrecht basierenden COVID-19-V Erwerbsausfall. Dass vor diesem Hintergrund die Anspruchsvoraussetzungen für Erwerbersatz anders geregelt wurden und namentlich der Kreis der indirekt betroffenen Anspruchsberechtigten weiter gefasst wurde, ist deshalb nachvollziehbar. Indessen ist zu betonen, dass – anders als dies Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall vorsah – zwar keine Einkommensobergrenze mehr besteht, jedoch an deren Stelle nunmehr das Erfordernis einer Umsatzeinbusse von mindestens 55% statuiert wird (vgl. E. 3.4 vorne). Damit erfolgt eine Akzentverschiebung bei den Anspruchsvoraussetzungen, welche jedoch in keiner Weise den Schluss zulässt, dass die Regelung in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall nicht sachgerecht wäre. Eine solche Deutung widerspräche denn auch dem Bestreben, dass durch die erst am 17. September 2020 erfolgte Inkraftsetzung von Art. 2 Abs. 3bis Covid-19-V Erwerbsausfall eine Rückwirkung auf zuvor abgeschlossene Sachverhalte gerade ausgeschlossen werden sollte. 9.3.1.6 Damit handelt es sich bei der in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall getroffenen Regelung um eine bedarfsorientierte Lösung, indem diese einerseits Personen mit Kleinstehenden, welche nicht von

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 37  
dieser Erwerbstätigkeit leben (können), und andererseits Personen mit hohen Einkommen von der Anspruchsberechtigung ausschliesst, was unter Rechtsgleichheitsaspekten nicht zu beanstanden ist. 9.3.2 Im Weiteren macht die Beschwerdeführerin eine unzulässige Ungleichbehandlung zwischen verschiedenen Arztpraxen je nach Rechtsform geltend. Für in einer AG oder einer GmbH angestellte Ärzte gelten in diversen Bereichen des Sozialversicherungsrechts andere Regelungen als für solche in selbstständiger Erwerbstätigkeit. So ist etwa für Selbstständigerwerbende in den Zweigen der AHV, IV und EO die sinkende Beitragsskala massgebend, wohingegen bei Arbeitnehmenden der massgebende Lohn Grundlage der Beitragsbemessung bildet. Weiter sind Selbstständigerwerbende nicht gegen die Folgen von Arbeitslosigkeit (Entscheid des BGer

vom

## **E. 10**

000 und 90 000 Franken liegt" unmissverständlich, indem sowohl in be- traglicher Hinsicht als auch bezüglich des zeitlichen Referenzpunkts der Rahmen definiert wird, innerhalb dessen sich das Einkommen für die Be- gründung eines Leistungsanspruchs bewegen muss. Damit spricht der kla- re Wortlaut der Bestimmung dagegen, dass von ihm abgewichen werden kann (vgl. E. 5.2.3 vorne).

### **E. 10.1**

Die Beschwerdeführerin bringt weiter vor, indem der angefochtene Entscheid bzw. die bundesrätliche Regelung in Art. 2 Abs. 3 und 3bis CO- VID-19-V Erwerbsausfall einen Erwerbsersatz für indirekt betroffene Selbstständigerwerbende mit einem AHV-pflichtigen Einkommen von bis Fr. 90'000.-- vorsähen, nicht jedoch für die Beschwerdeführerin mit einem Einkommen von über Fr. 90'000.--, werde sie diskriminiert. Der angefoch- tene Entscheid verletze damit Art. 8 Abs. 2 BV und Art. 14 der Europäi- schen Menschenrechtskonvention (EMRK; SR 0.101; vgl. Beschwerde, S. 16, Ziff. 39 ff.).

### **E. 10.2**

Gemäss Art. 8 Abs. 2 BV darf niemand diskriminiert werden, na- mentlich nicht wegen seiner Herkunft und der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder ausdrücklich auch wegen einer körper- lichen, geistigen oder psychischen Behinderung.

#### **E. 10.2.1**

Eine Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person ungleich behan- delt wird allein aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, welche historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenzi- ell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird. Die Diskriminierung stellt eine qualifizierte Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen dar, indem sie eine Benachteiligung von Menschen bewirkt, die

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 39 als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unter- scheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Personen ausmachen; insofern beschlägt das Diskriminierungsverbot auch Aspekte der Menschenwürde nach Art. 7 BV. Eine indirekte oder mittelbare Diskri- minierung liegt demgegenüber vor, wenn eine Regelung, die keine offen- sichtliche Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen Angehö- rige einer solchen Gruppe besonders benachteiligt, ohne dass dies sach- lich begründet wäre (BGE 139 I 169 E. 7.2.1 S. 174).

#### **E. 10.2.2**

Nach vorherrschender Auffassung bietet Art. 8 Abs. 2 BV aufgrund seiner inneren Verknüpfung mit der Menschenwürde (Art. 7 BV) in erster Linie Schutz gegen "Herabwürdigung" und "Stigmatisierung", aber auch gegen soziale "Ausgrenzung" und "Unterdrückung" im Anwendungskontext des Gleichheitsprinzips. Es geht m.a.W. um den grundrechtlichen Schutz vor Angriffen auf die Wertschätzung eines Menschen als Person, die da- durch entstehen, dass Menschen ausschliesslich aufgrund der Zugehörig- keit zu

einer bestimmten sozialen Gruppe und nicht als Individuum behandelt und wegen ihres "Andersseins" stigmatisiert und ausgegrenzt werden (WALDMANN, a.a.O., N. 47 zu Art. 8 BV).

### **E. 10.2.3**

Dem in Art. 14 EMRK verankerten Diskriminierungsverbot kommt kein selbständiger Charakter zu; vielmehr setzt diese Bestimmung die Anwendbarkeit einer anderen Grundrechtsgarantie der EMRK voraus (BGE 141 I 241 E. 4.3.1 S. 250; WALDMANN, a.a.O., N. 11 zu Art. 8 BV).

### **E. 10.3**

Aus dem Umstand, wonach die Anspruchsberechtigung nach Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall an eine Einkommensobergrenze von Fr. 90'000.-- anknüpft, folgt keine wie auch immer geartete Herabwürdigung der Beschwerdeführerin. Sie wird nicht ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen, weil sie einen bestimmten sozialen Status aufweist bzw. ein Einkommen von über Fr. 90'000.-- erzielt(e). Damit stellt die in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall statuierte (und anspruchrelevante) Einkommensgrenze kein wesentliches oder besonders sensibles Merkmal der Persönlichkeit der Beschwerdeführerin dar und es spricht im Lichte von Art. 8 Abs. 2 BV folglich nichts dagegen, zwecks Prüfung der Anspruchsbe-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 40 rechtigung auf die statuierte Einkommenshöhe abzustellen. Sodann leitet die Beschwerdeführerin aus der Berufung auf Art. 14 EMRK keinen über Art. 8 Abs. 2 BV hinausgehenden Rechtsschutz ab; namentlich wird keine die Berücksichtigung von Art. 14 EMRK voraussetzende Anwendbarkeit einer anderen Grundrechtsgarantie der EMRK (vgl. BGE 134 I 257 E. 3 S. 260) geltend gemacht, so dass auf die entsprechenden Vorbringen nicht weiter einzugehen ist (vgl. E. 10.2.3 vorne). Doch selbst wenn insoweit von einer hinreichend substantiierten Rüge auszugehen wäre, änderte sich am Ergebnis nichts, stellt der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) eine diskriminierende Handlung doch nur dann fest, wenn dieser eine objektive und vernünftige Rechtfertigung fehlt, wenn sie kein legitimes Ziel verfolgt und/oder wenn sie – insbesondere im Hinblick auf die Zweck-Mittel-Relation – unverhältnismässig ist (vgl. RAINER J. SCHWEIZER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, N. 49 zu Art. 8 BV). Wie in E. 5 ff. vorne dargelegt, sind diese Voraussetzungen vorliegend nicht erfüllt.

### **E. 10.4**

Zusammenfassend begründet Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V in Bezug auf die Beschwerdeführerin keine Diskriminierung. 11. 11.1 Die Beschwerdeführerin macht weiter geltend, durch die bundesrätliche Bestimmung in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall, wonach ein Arzt mit einem AHV-pflichtigen Einkommen bis Fr. 90'000.-- Anspruch auf Erwerbsersatz habe, ein solcher mit einem darüber liegenden AHV-pflichtigen Einkommen wie die Beschwerdeführerin dagegen nicht, werde der Grundsatz der Gleichbehandlung der Gewerbetreibenden verletzt, da sich der Gesetzgeber zwischen den Konkurrenten nicht neutral verhalte, was er in einer Krisensituation, welche für alle Betroffenen schwere Folgen nach sich ziehe, umso mehr hätte beachten müssen. Hinzu komme zusätzlich, dass bei Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit besonders stringente Anforderungen gälten (Art. 94 Abs. 4 BV).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 41  
11.2 11.2.1 Nach Art. 27 BV ist die Wirtschaftsfreiheit gewährleistet (Abs. 1). Sie umfasst insbesondere die freie Wahl des Berufes sowie den freien Zugang zu einer privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit und deren freie Ausübung (Abs. 2). Nach der Rechtsprechung ist Art. 27 BV im Zusammenhang mit Art. 94 Abs. 1 BV zu sehen (Entscheid des BGer vom 31. Mai 2019, 2C\_60/2018, E. 6.1). Danach halten sich Bund und Kantone an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit. Nach Art. 94 Abs. 4 BV sind Abweichungen vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, insbesondere auch Massnahmen, die sich gegen den Wettbewerb richten, nur zulässig, wenn sie in der Bundesverfassung vorgesehen oder durch kantonale Regalrechte begründet sind. 11.2.2 Es ist zu unterscheiden zwischen grundsatzkonformen, d.h. mit dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu vereinbarenden, und grundsatzwidrigen, d.h. von der Wirtschaftsfreiheit abweichenden, Eingriffen (vgl. KLAUS A. VALLENDER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, N. 56 zu Art. 27 BV; Entscheid des BGer vom 16. September 2010, 1C\_166/2010, E. 4.2). Als grundsatzkonform gelten Massnahmen, die dem Polizeigüterschutz dienen, sowie sozialpolitische Vorschriften und andere Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit, die nicht wirtschaftspolitisch motiviert sind (BGer 2C\_60/2018, E. 6.1). 11.2.3 Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Konkurrenten sind Massnahmen verboten, die den Wettbewerb unter direkten Konkurrenten verzerren bzw. nicht wettbewerbsneutral sind, namentlich wenn sie bezwecken, in den Wettbewerb einzugreifen, um einzelne Konkurrenten oder Konkurrentengruppen gegenüber anderen zu bevorzugen oder zu benachteiligen (BGE 136 I 1 E. 5.5.2 S. 16). Als direkte Konkurrenten gelten Angehörige der gleichen Branche, die sich mit dem gleichen Angebot an dasselbe Publikum richten, um das gleiche Bedürfnis zu befriedigen (BGE 142 I 162 E. 3.7.2 S. 170).

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 42  
11.3 11.3.1 Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall zielt nicht auf eine Begünstigung gewisser Gewerbebezüge oder Bewirtschaftungsformen ab; ebenso wenig verfolgt er ein strukturpolitisches oder wirtschaftslenkendes Ziel dahingehend, dass ein gewisses Gewerbe erhalten oder die Konkurrenz geschützt werden soll. Auch beabsichtigt die Regelung keinen Eingriff in Angebot und Nachfrage (vgl. VALLENDER, a.a.O., N. 63 f. zu Art. 27 BV). Vielmehr dient die Bestimmung der Vermeidung von Härtefällen bei Selbstständigerwerbenden gemäss Art. 12 ATSG im Zuge der Pandemiemassnahmen des Bundesrates, mithin einem sozialpolitischen Ziel. Auch wenn diese Massnahmen der Stabilisierung der Wirtschaft in ihrer Gesamtheit dienen (vgl. E. 8 vorne), so ist eine wirtschaftspolitische Motivation im dargelegten Sinne für den Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit nicht ersichtlich, womit der Eingriff grundsatzkonform ist (vgl. E. 11.2.2 vorne). Ist eine Steuerung des Wettbewerbs durch den Erlass von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall mithin nicht beabsichtigt, bleibt zu prüfen, ob der prinzipiell grundsatzkonforme Eingriff auch den Kriterien für einen Grundrechtseingriff (Art. 36 BV) standhält (vgl. E. 7.4 vorne). Wie nachfolgend aufzuzeigen ist, ist dies zu bejahen: 11.3.2 Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall beruht auf Art. 185 Abs. 3 BV, womit ihm gesetzvertretende Eigenschaft zukommt. Damit stellt er eine Rechtsgrundlage für eine Grundrechtseinschränkung dar (vgl. 7.2 vorne). Soweit sodann das überwiegende öffentliche Interesse bei einer auf Art. 185 Abs. 3 BV beruhenden selbstständigen Verordnung im hier zu beurteilenden Kontext überhaupt noch separat zu prüfen ist (vgl. E.

7.4 vorne), wäre das Kriterium lediglich dann nicht gegeben, wenn das öffentliche Interesse als unzulässig im Sinne von Grundsatzwidrig zu qualifizieren wäre (vgl. dazu FELIX UHLMANN in: WALDMANN/BELSER/EPINEY [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 45 zu Art. 27 BV), was dem Dargelegten zufolge hier nicht zutrifft (vgl. E. 11.3.1 vorne). Im Übrigen besteht kein Numerus clausus an zulässigen öffentlichen Interessen zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit (vgl. dazu UHLMANN, a.a.O.). Wird das Kriterium einer Prüfung unterzogen, so ergibt sich, dass hinsichtlich Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 43 Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall das überwiegende öffentliche Interesse in Bezug auf das Bestreben, durch bedarfsorientierte Unterstützung einerseits die ökonomische Stabilität zu bewahren und andererseits in Anbetracht einer grossen Anzahl potentiell Anspruchsberechtigter eine gesamtstaatlich finanziell tragbare Lösung in Form der Ausgestaltung einer Härtefallregelung zu schaffen, zu bejahen ist. Denn dieses überwiegt den geringen Wettbewerbsnachteil (z.B. wegen temporär nur reduziert möglichen Investitionen in den Betrieb), den Versicherte mit hohem Einkommen gegenüber Konkurrenten mit deutlich geringerem Einkommen erleiden. Dies gilt umso mehr, als die von der Beschwerdeführerin ins Feld geführten praktischen Auswirkungen der Regelung bescheiden sein dürften: Denn gemäss der vom BAG in Auftrag gegebenen und bereits in E. 9.3.1.3 erwähnten Studie der BASS AG vom 28. August 2018 betrug das mediane Einkommen von selbstständigerwerbenden Fachärztinnen und -ärzten der Allgemeinen Inneren Medizin im Jahr 2014 Fr. 241'205.-- (Tabelle, S. 22); für die Annahme, dass sich daran in den Folgejahren Wesentliches geändert hätte, bestehen keine Anhaltspunkte. Zwar wurde der Fachbereich Tropen- und Reisemedizin, welcher gemäss Angaben der Beschwerdeführerin 50% ihrer Tätigkeit ausmacht (act. II 2), aus Datenschutzgründen nicht berücksichtigt. Dennoch lässt sich aus der Studie schliessen, dass im betroffenen Sektor, in welchem die Beschwerdeführerin erwerbstätig und welcher zu Vergleichszwecken heranzuziehen ist (vgl. E. 11.2.3 vorne), wenn überhaupt nur sehr wenige Marktteilnehmer für Erwerbsersatz gestützt auf Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall in Frage kommen. Selbst wenn im Rahmen der vorliegenden Eingriffsprüfung zusätzlich ein öffentliches Interesse an der Verhinderung einer Wettbewerbsverzerrung mitberücksichtigt wird (vgl. UHLMANN, a.a.O., N. 48 zu Art. 27 BV), änderte dies nichts daran, dass an der in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall getroffenen Regelung insgesamt ein überwiegendes öffentliches Interesse im Sinne von Art. 36 Abs. 2 BV besteht. Sodann ist die Bestimmung aus der massgeblichen Optik ihres Anordnungszeitpunkts (vgl. E. 8.2 vorne) geeignet und erforderlich, das angestrebte Ziel einer bedarfsorientierten, der Gesamtsituation Rechnung tragenden Entschädigung zu erfüllen; ferner steht die Massnahme nach dem eben Erwogenen nicht in einem Missverhältnis zu den beeinträchtigten Interessen der (wie die Beschwerdeführerin) Betroffenen, womit auch das Kriterium der Verhältnismässigkeit

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 44 (Art. 36 Abs. 3 BV) erfüllt ist. Dass schliesslich der – in Zusammenhang mit der Wirtschaftsfreiheit kaum bedeutende (vgl. UHLMANN, a.a.O., N. 54 zu Art. 27 BV) – Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV) durch Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall tangiert wäre, ist weder ersichtlich noch wird dergleichen geltend gemacht. 11.4 Zusammenfassend verstösst Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V nicht gegen die Wirtschaftsfreiheit gemäss Art. 27 i.V.m. Art. 94 BV. 12. 12.1 Die Beschwerdeführerin

macht schliesslich geltend, Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall sei willkürlich im Sinne von Art. 9 BV (Beschwerde, S. 18, Ziff. 46). Die Obergrenze von Fr. 90'000.-- lasse die finanzielle Situation der Beschwerdeführerin und viele weitere wesentliche Merkmale, welche es überhaupt rechtfertigen würden, um von einem Härtefall sprechen zu können, unberücksichtigt. Eine sachgerechte und "richtige" Qualifikation des "Härtefalls" sei damit gar nicht erst möglich. Auch führe die Ungleichbehandlung vorliegend zu einem willkürlichen Ergebnis – dies indem Besserverdienende die als "Härtefallentschädigung" deklarierte Taggeldentschädigung überhaupt nicht erhielten. Eine Limitierung des Taggeldanspruchs auf das Maximum von Fr. 196.-- pro Tag für alle diejenigen, deren AHV-Einkommen die Fr. 90'000.-- überstiegen, wäre vernünftig gewesen (Beschwerde, S. 17 f., Ziff. 45).

12.2 Jede Person hat Anspruch darauf, von den staatlichen Organen ohne Willkür und nach Treu und Glauben behandelt zu werden (Art. 9 BV). In der Rechtsetzung liegt Willkür vor, wenn sich eine Rechtsnorm nicht auf ernsthafte sachliche Gründe stützen lässt oder sinn- und zwecklos ist (BGE 134 I 23 E. 8 S. 42). Das gilt in Verbindung mit dem Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV), wenn Gleiches willkürlich ungleich oder Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird und es gilt in Verbindung mit dem Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 36 Abs. 3 BV), wenn es an der Eignung fehlt, weil die Massnahme gar keine Förderung des Zweckes bewirkt oder sogar kontraproduktiv ist (vgl. dazu AXEL TSCHENTSCHER in: WALDMANN/BELSER/EPINEY

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 45 [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesverfassung, 2015, N. 8 zu Art. 9 BV). Das Willkürverbot ist zwar "reiner Kerngehalt", dennoch aber situativ, z.B. bei Katastrophenlagen, unterschiedlich handhabbar (vgl. CHRISTOPH ROHNER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER [Hrsg.], St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl. 2014, N. 14 zu Art. 9 BV).

12.3 Zu den von der Beschwerdeführerin unter dem Blickwinkel des Willkürverbots in der Rechtsetzung vorgebrachten Standpunkten wurde zu wesentlichen Teilen bereits im Rahmen der Prüfung des Rechtsgleichheitsgebots ausführlich Stellung genommen (vgl. E. 9 vorne) und es kann aufgrund der Nähe des Willkürverbots zur Rechtsgleichheit (vgl. ROHNER, a.a.O., N. 9 zu Art. 9 BV) grundsätzlich darauf verwiesen werden (vgl. E. 12.2 vorne). Ergänzend und zusammenfassend ist auf die folgenden Punkte (nochmals) hinzuweisen: Es trifft zu, dass "Besserverdienende" – mithin Selbstständigerwerbende mit einem jährlichen Einkommen von über Fr. 90'000.-- – gestützt auf Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall keinen Erwerbsersatz geltend machen konnten (vgl. E. 3.3.2 vorne). Wenn die Beschwerdeführerin insoweit und wohl mit Blick auf die Erwerbsersatzregelung nach EOG postuliert, eine Limitierung des Taggeldanspruchs auf das Maximum von Fr. 196.-- pro Tag für alle diejenigen, deren Einkommen Fr. 90'000.-- übersteige, wäre korrekt gewesen, so verkennt sie Sinn und Zweck der nämlichen Bestimmungen: Wohl zielen beide Regelungen ganz allgemein auf den Schutz der wirtschaftlichen Existenz durch Gewährung von Erwerbsersatz ab. Funktionell unterscheidet sich der "Corona-Erwerbsersatz" nach Massgabe von Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall vom Erwerbsersatz nach EOG jedoch insofern, als jener eine auf "Notrecht" basierende (befristete) Härtefallregelung zwecks Vermeidung wirtschaftlicher Notlagen im Dienste der Stabilisierung des wirtschaftlichen Systems darstellt, während die Erwerbsersatzordnung gemäss EOG – grundsätzlich unabhängig von den Einkommensverhältnissen – allen Personen, die Militär-, Zivil- bzw. Zivildienst leisten oder an Kursen für Jugend und Sport (J+S) teilnehmen, einen Teil des ausfallenden Erwerbseinkommens ersetzt. Zudem

kompensiert die EO seit Juli 2005 den Verdienstaussfall erwerbstätiger Mütter mit einer Mutterschaftsentschädigung (MSE; vgl. in diesem Zusammen-

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 46 hang auch die 2021 erfolgende Einführung eines mit einem Taggeldanspruch verbundenen Vaterschafts- bzw. Betreuungsurlaubs). Im Übrigen ist einer Härtefallregelung inhärent, dass nur ein begrenzter Kreis an Anspruchsberechtigten in den Genuss von entsprechenden Leistungen gelangt. Dass sodann Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall im Sinne einer befristeten (einkommensabhängigen) Härtefallregelung ausgestaltet wurde, lässt sich vor dem Hintergrund der "ausserordentlichen Lage" (vgl. E. 3.1.2 vorne) dem Dargelegten zufolge ohne weiteres rechtfertigen (vgl. E. 9.3.1.3 vorne), zumal im Rahmen einer Betrachtung ex ante die Dauer der Krise nicht abschätzbar und deren wirtschaftlichen Auswirkungen auch unabsehbar waren. Gleichwohl hatte das staatliche Handeln verhältnismässig zu sein (vgl. Art. 5 Abs. 2 BV), womit der Bundesrat im Lichte einer sehr grossen Anzahl potentiell aus Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall Anspruchsberechtigter auch fiskalische Interessen berücksichtigen durfte (vgl. BGE 138 I 378 E. 8.6.1 S. 396). Dass dabei auf eine weitere Ausdifferenzierung der Anspruchsvoraussetzungen – namentlich in Bezug auf die Einkommensverhältnisse – verzichtet wurde, lässt sich, wie gezeigt, weder im Allgemeinen noch in Bezug auf die Ärzteschaft im Besonderen beanstanden (vgl. E. 9.3.1.4 und E. 9.4 vorne). Ebenso wenig gibt der Umstand, wonach in Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall den konkreten finanziellen Verhältnissen des Anspruchstellers über die Einkommensgrenze von Fr. 90'000.-- hinaus keine anspruchskonstituierende Relevanz beigemessen und auch insoweit auf eine weitere Konkretisierung der fraglichen Norm verzichtet wurde, Anlass zu Kritik. Denn auch insoweit ist zu beachten, dass in zeitlicher und sachlicher Hinsicht hohe Handlungsdringlichkeit bestand. Dem Gebot des raschen Handelns hätte dann nicht mehr entsprochen werden können, wenn bei jedem einzelnen potentiell Anspruchsberechtigten über die (mittels aktuellster Beitragsverfügung für das Jahr 2019 [vgl. KS CE, Ziff. 1041.3 in der Fassung vom 17. April 2020]) dokumentierten Einkommensverhältnisse hinaus jeweils auch noch der persönlichen Lebenssituation (unter Einbezug von Lebenshaltungskosten und der jeweiligen familiären Verhältnisse [vgl. Beschwerde, S. 17, Ziff. 45]) hätte Rechnung getragen werden müssen.

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 47 Schliesslich gilt es zu beachten, dass allfällige negative Auswirkungen der Pauschalisierungen durch die zeitliche Befristung der getroffenen Massnahmen abgeschwächt werden. Insgesamt lässt sich Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall somit auf ernsthafte sachliche Gründe abstützen und die Regelung ist auch geeignet, den von ihr angestrebten Zweck – die Vermeidung von Härtefällen bei Selbstständigerwerbenden – zu bewirken (vgl. E. 12.2 vorne). 12.4 Demnach verstösst Art. 2 Abs. 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall nicht gegen das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV.

## **E. 13**

Zusammenfassend ist die von der Beschwerdeführerin geltend gemachte Verfassungswidrigkeit von Art. 2 Abs. 3 und 3bis COVID-19-V Erwerbsausfall zu verneinen. Der angefochtene Einspracheentscheid erweist sich somit als rechtens und die dagegen erhobene Beschwerde ist abzuweisen.

## **E. 14.1**

In Anwendung von Art. 1 COVID-19-V Erwerbsausfall i.V.m. Art. 61 lit. a ATSG (in der bis Ende 2020 geltenden Fassung; vgl. Art. 83 ATSG) sind keine Verfahrenskosten zu erheben.

#### **E. 14.2**

Bei diesem Ausgang des Verfahrens ist der Beschwerdeführerin keine Parteientschädigung zuzusprechen (Art. 1 COVID-19-V Erwerbsausfall i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG [Umkehrschluss]). Demnach entscheidet das Verwaltungsgericht:

Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Bern vom 14. Jan. 2021, EO/20/450, Seite 48

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.